



349.297.Sa22mA:v.4:c.1

معهد الدراسات العربية العالية

مصادر الحق في الفقه الإسلامي

AMERICAN UNIVERSITY OF BEIRUT LIBRARIES



01 224504

مجلد صالح الدين

عدد ١٩٩٧



معجم معيّنات
معهد الدراسات العربية العالية

مصادر الحق
في
الفقه الاسلامي

جَامِعَةُ الدُّوَلِ الْعَرَبِيَّةِ

مَعْهَدُ الدِّرَاسَاتِ الْعَرَبِيَّةِ الْعَالِيَةِ

مَصَادِرُ الْحَقِّ

فِي

الْفِقْهِ الْإِسْلَامِيِّ

دراسة مقارنة بالفقه الغربي الحديث

(٤)

نظرية السبب ونظرية البطلان

ألفها

الدكتور

عبدلرزاق السنهوري

على طلبة قسم الدراسات القانونية

الفصل الثالث

السبب

الفرع الأول

نظرية السبب في الفقه الغربي الحديث

الفقه اللاتيني والفقه المجرماني :

يمتد في بسط نظرية "السبب في الفقه" عبر أحدث أن نسج من هذه النظرية في كل من الفقه اللاتيني والفقه المجرماني حيث أن الفقه الإسلامي ، كما يرى ، شاع في كل من هذين الفقهين في عصر احصائهم التي تنبها بها هذه النظرية الدقيقة .

فنستعرض في مبحث أول عمارة السبب في الفقه اللاتيني ، ثم نستعرض في المبحث الثاني هذه النظرية في القانون الألماني .

المبحث الأول

نظرية السبب في الفقه اللاتيني (١)

تمهيد

السبب والضرورة معنيان متميزان :

يمكن تعريف السبب تعريفاً أولياً بأنه هو العرص المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه . والسبب بهذا المعنى لا يكون عصرأ في كل التزام ، بل يقتصر على الالتزام العقدي ، إذ الالتزام غير العقدي لا يقوم

(١) ، اعتماداً على ما تضمنه مبحث السبب في الفقه اللاتيني على كتاب "الموسوعة" ، جزء الأول

على إرادة الملتزم حتى يصح السؤال عن العرض المباشر لدى قصد إياه الملتزم من وراء التزامه .

ولسب ، كمصدر في الآلة له للعقدى ، يصل أوتى لأصل الإرادة . ليس هو الإرادة ذاتها ، ولكنه العرض المباشر الذى اتجهت إليه الإرادة بحيث توجد الإرادة بوجود السبب ، ولا تنصور . إداة لا تنجيه إلى سبب إلا إذا صدرت عن غير ، عن كإداة مخيوب . ولما كانت الإرادة لا يعتد بها لإحداث ، عن وعن وعن وعن . وإرادة معتمة قايما ، لا بد من سبب . ويمكن إذن أن يستخلص ، هدم أن السبب ركن فى العقد غير ركن الإرادة ، ولكن ركنين متلازمين لا يفك أحدهما عن الآخر .

ولكن السبب والشكل مضمينا منه التزامه

وتاريخ نظرية السبب يقوم على الحقيقة الآتية . كلما راد حظ الإرادة فى تكوين العقد . وضعف حصص شكل راد أهمية السبب . ذلك أن الإرادة ، من حيث أنها ، تحدث آثارا قانونية إذا هى انطلقت من قيود الشكل وحال أن تعيد ، السبب . وعندما كان شكل وحده - دون الإرادة - هو الذى يبنى العقد ، لم يكن سبب من أثر . ثم بدأ السبب فى الظهور عند ما بدأت الإرادة تتحرر من سيطرة من قيود الشكل . وكلما زاد تحررها من هذه القيود راد رطها قيود السبب إلى أن تم تحررها . فوحدت نظرية السبب كاملة تحمل محل الشكل .

وبرى بما تقدم أنه حيث تغلب لشكل على شأن سبب ، وحيث يضعف لشكل يقوى أمر السبب . هكذا كانت الحال فى القانون الرومانى ، فقد بدأ هذا القانون شكليا ، فلم يكن فيه إذ ذاك للسبب نصيب . ولمأخذ الشكل يتقلص وتطهر العقود الرصائية ، بدأ السبب يظهر بظهور الإرادة ليكون قيما لها بدلا من الشكل . وهكذا كانت الحال فى القانون الفرنسى القديم ،

(١) اعتمدنا فى بعض نظرية السبب فى النسخة اللاتنى على كتاب « الوسيط » . الجزء الأول

وبن السبب في كونه لا عندما وصل رجال الكنيسة إلى صيرير
الرضاينة في عقود. فصار السبب بعد أن كانت إشكالية تسره، وبرز قويا
ليحوط الإرادة تقيده وتحل محل مبدأ شكل. وهذه هي أيضا في قانون
الحديث حيث الإشكالية تكاد تنعدم. وببعض صيرير السبب وذهرت، من
أعلاها رجعت إلى أصول قوية كما كانت في القرون الوسطى، لولا أن العقد
المجرد من محل مبدأ الشكلي في الانقراض من سلطان سبب

تطور العقد من عقد شكل إلى عقد رضائي مسبب إلى عقد رضائي مجرد:

وبدأ مع تطور السبب، بدأ حقيقة أخرى فقد نشأ إشكالية
حيث السبب لا يشترط تطور العقد في حيث نشأ أكبر الآثار،
ثم تطور إلى عقد مجرد حيث انحصرت إلى دفع عن سبب، وبمستند
لا أثر غير مباشر، أما أن حمله على سبب هذا التطور إلى هاتئة،
أما في القديسين إلا أنه يعتقد لأول صيرير ولا يزال صيرير السبب
في العقد تشغل المكان السبب، لا حصة العقد بخلاف ذلك ويجوز دحضه

ملخص البحث :

وبحث (أولا) كيف نشأت نظرية سبب وكيف تطورت. (ثانيا)
ما انتهى إليه أمر نظرية سبب في قوانين "الاندلس الحديثة".

المطلب الأول

كيف نشأت نظرية السبب وكيف تطورت

التطور التاريخي لنظرية السبب :

لعل نظرية قانونية لا تلتقي عليها تدرج تطور من أصول بمقدار ما يلتقي
التاريخ على نظرية سبب. طرأ القانون الروماني معزل عن هذه النظرية

المعهد المدرسي - ظهور العلم في العقود غير المتكافئة .

ولما ظهر في العهد المسمى من القديس ابراهيم في جانب العقود
اشكالية عقود أخرى غير شكاية وخاصة العقود الرضائية وعقود
البيع - ومن دول الأندلس في كوين عقد - ظهر لسبب ظهور الإرادة

10

[illegible]

11

أما في هذه وهي أهم عقود - عات وقد أعترف الروماني
السبب في حد كبير فاستدل في طبعه بوجه الترخيص فيدعي انعدام هذه
أنفة انعدام السبب وخطت أهلة في نعمه بقاء الزمان ظاهري معتقداً أنه
انزاع منسبي لا يكون مدعياً - ينقض عبده لانعدام السبب وأهلة امقترة
بشرط يكون شرطاً مستلزماً إذا كان هو المتأخر في الترخيص - فإذا لم يقر
الموهور له تعهد الشرط كان الموهاب أن يسترد هته وفي الوصية -
وهي إرادته منقردة - اعترف الروماني - لسبب إلى حد أن مرجحه
الساعت - فإذا اعتقد الموحي أن وارثه قد مات فوحي بماله لأجنبي .
ثم ذهب أن لو ارث لا يرث حياً واستصاع هذا أن ثبت أن

الباعث على الوصية هو اعتقاد الموصي أن الوارث قد مات ، فلو وصية وصية
لإعدام سببها .

موقف القانون الروماني من نظرية السبب :

وينبغي أن نأخذ في الاعتبار أن القانون الروماني ، في عهده المبرسي دون العهد
القديم ، عترف في بعض العقود بمفكرة السبب إلى مدى محدود . وهذه
العقود هي "الطورت فيها الإفادة كعامل من عوامل تكوينها وحيث تظهر
الإرادة يظهر السبب كما قدمنا . ولكن الرومان نشأوا فكرة سبب فكرة
موصوعة لادنية ، ونظروا إلى السبب موجوداً في العهد لاحقاً عنه ،
وهو واحد لا يتغير في النوع الواحد من العقود مهما اختلفت أنواعها
والدوافع وإذا كانوا قد وسعوا في السبب فمهمته بالبعث ، فقد ذهبوا
ذلك في صفى حدود . وكان ذلك نوع خاص في بعض المبرعات ، على
لحوا إلى إرادة ومبرى فيما يلي أن هذا التصور الروماني هو الذي رجع
إليه روما في صياغته لنظرية السبب .

سبب عقد

٢ - نظرية السبب في القانون الفرنسي القديم

مهمته :

بقيت فكرة السبب تنطور وتطور مستمرا طوال القرون السبعة التي
سبقت النقيض المبرسي من القرن الثاني عشر إلى منتصف القرن التاسع
عشر . وفي خلال هذه القرون الطويلة يمكن التمييز بين عهدين يقصر بينهما
الفقيه مبرسي المعروف بروما (Domat) في القرن السابع عشر ، إذ هو
الذي صاغ فكره السبب نظرية عامة بعد أن نهيات لها عوامل الصياغة
طوال القرون التي سبقتة . ومنذ صاغ روما نظرية السبب ، تبعته الفقهاء في
صياغته ، وتأقلت عنه ما كتب ، حتى انتقلت "نظرية عن طريق بوتيه (Pothier)
إلى النقيض المبرسي .

نظرية السبب في العهد الروماني — فكرة السبب عند

الفقهاء الكنديين :

تداول فكرة السبب في هذا العهد فريقتين من "فقهائهم" فريقتين رومانيتين وفريقتين كنديتين

فما ألقى في الأثر وقد افترضوا أن الروماني وعادوا ويحاصل
المعقود المبرمة للبحر ، فأثر والارتباط من الآثار المتعاقبة في هذه
المعقود ، وأما كدهم مع ذلك "ثم هو" حدود "فأثر" روماني قد ذهبوا
إلى حد "قول" نحو "السبب" في السبب ، أحد المعقودين أنه أمه السبب
من أن معقود الارتباط من الآثار المتعاقبة له كان معقود السبب ذلك .
وقد كانت فكرة السبب عندهم ، كما كانت عند روماني ، فكرة موضوعية
لأدائه ، راحة في العهد لا حاجة عنه ، هو وحده لا غير في
واحد من المعقود

وما فقهاء الكنديين قد كانوا قد موافق على اعتبارات موضوعية في
الرومانية الاعتراف بالآثار الدينية وهذه الاعتبارات الأخيرة كانت
تقتضي أن قراره مدائن ، (المبدأ الأول) أن الوفاء لوعده واحد ،
وأن الإحلال هو خطيئة ، ومن ثم كان المعقودين معقود عهد فمما كانت
الإرادة عندهم لا شكل هي التي تفتي ، المعقودين معقود عهد ، وقد حوا
في هذا المبدأ حتى أقروا أن عهد بقوله على بعض تقديرات الإلهام دون
حاجة إلى شكل أو سلام أو عهد أو عهد ، ذلك بما كان القانون الروماني
تطلبه (والمبدأ الثاني) أن العقد لا يجوز سعيه إذا كان يهدف إلى عرص
غير مشروع ، ذلك أن القيام بعمل غير مشروع يعد خطيئة ، ولا يصح
الاحتجاج أن المتعاقدين قد ارتبط بالعقد وأن الإخلال بما ارتبط به يعد
خطيئة أيضاً ، والخطيئة ليست في أن يحل بهذا الارتباط ، بل في أن يرتبط
بعقد غير مشروع ، الارتباط بمثل هذا العقد يعتبر خطيئة ، وتنفيذه يعتبر

خطيته أخرى . وهذا يحل في أي مدى يسوق هذا المنطق . فاعرض
 مدى - يد المنفعة قد يتحققه من وراء برامته هو السبب في العقد . وهذا
 السبب إذا كان غير مشروع حين العقد . أصلاً . وإلا سيما أن الإرادة
 وحدها تبرز المنفعة . فيجب أن يثبت أن الوفاء قد تم في هذه الإرادة يجب
 أن يتحقق في صورة غير مشروع . ولا كانت عدة الأثر . فيكون أهم
 السبب في صورة غير مشروع غير مشروع . فيكون في صورة غير مشروع شيء
 غير محدود صاعده عليه . وعملاً حسب إحاطة . فهو بعيد في الأثر
 في وضح أن مفهومه يكسب من وضعه في حساب الإرادة .

هذا في حيزه من الشكل . فالحاصل من أي مدى يتحققه
 في صحت لا يفسد عن حيزه من أي مدى . وهذا إذا
 من الشكل هو هذا السبب
 في في عقد لا في نوع
 هو الحيز العقد

وإذا طبع أن يتحقق من هذا الحيز
أموراً أربعة :

أولاً : السبب في حساب
 عاملاً أساسياً في تكوين العقد .

ثانياً : ضرورة السبب
 السبب المدفع .

ثالثاً : السبب هذا المعنى الجديد حل محل شكل قديماً على الإرادة
 فلهذا

 استطاع المكسبون أن يداووا ما أدى "لما" ولا يتعارضون

في العقود المبرمة بحاسن هو ما تقوم به المتعاقدين الآخر ، أى التزامه المقابل ،
ولسبب في الزام المتعاقدين في العقود المبرمة لحسن واحد هو مقامه المتعاقد
الآخر ، أى التسليم الذى تتم من حبه في مبدأ الأمر والسبب في التبرعات
هو إرادة الملتزم في أن يسرع أى بنية تسريع ومن ذلك يرى أن نظرية
دوم في السبب قامت على تمسكة الزم بمبدأه ونفذت بموالى المقام
المدينين بدون احفظوا العقد في بون أو ودى

ثم يرد في حقهم الذين جعلوا ذنوبهم في القلوب مبررا
 . ردوا ما قدمه ذنوبهم في حيزه السبب . وفي قوله . فمنهم
 العقبة العرب لما روي . وقد استصحبته سبب . و سببه . نحو . كثير
 مما قلناه . وفي هذه جدة . ذكر في كتاب لا ترام من غير
 ذلك . في آكل السبب . ثم روي . ثم روي . ثم روي . ثم روي .
 سبب في الزيادة . ثم روي . ثم روي . ثم روي . ثم روي .
 أو ما يلقب . بعضه . نحو . سببه . ثم روي . ثم روي .
 الذي قصد أحدنا . فمن أن سببه . نحو . سببه .
 قوله . سببه . نحو . سببه . نحو . سببه .
 الذي عقد من حبه . نحو . سببه . نحو . سببه .
 الذي ينقصه .

وقد نقل "تفتيش المدن" من منظره أسد عن دوما ويوميه في المجلد ١١٠٨ و ١١٣١ - ١١٣٣. م ص ١٠ هذه بصورة هي الأساس الذي يقوم عليه نظريته "التقليدية في أسد".

المطلب الثاني

نظرية السبب في القانون الحديث

١ - النظرية التقليدية في السبب

محمّد بن معي السبب في النظرية التقليدية : ^ص ^ص
 تميز النظرية التقليدية بين سبب الاشياء والسبب الدافع والسبب قصدي
 فاسبب الاشياء هو مصدر الالتزام . وهو لا يعنى هنا

والسبب الدافع هو الباعث الذي دفع المبرم إلى أن يرتب في دمه
 الالتزام . من يشترى مالا قد يكون الدافع له على الشر . وعلى الالتزام
 دفع ائتمن هو أن يسعد المنزل . أو أن يخصصه سكنه . أو أن يجمع منه
 محلا لعمله . أو أن يجمع منه دينا لبقاءه . أو أن يسره للعمرة . أو غير
 ذلك من الدوافع المشروعة وغير المشروعة . فالباعث يجمع الخصائص
 الثلاث الآتية . ١ - شيء خارجي غير عقد (٢) وهو شيء ذاتي الالتزام
 (٣) وهو شيء معيّر ، لا في كل نوع من العقود حسب . بل في كل عقد
 بالذات . ولما كان الباعث يصعب ضبطه على وجه تحدد . فإن النظرية
 التقليدية تذهب إلى أنه لا تأثير له في وجود العقد ولا في قيام الالتزام . فمهما
 كان هذا الباعث شريفا أو غير شريف . متعقبا مع المضمع العام أو مخالفا له .
 فإن العقد صحيح والالتزام قائم .

والسبب القصدي وهو السبب الذي تقف عنده النظرية التقليدية -
 يعرف عادة بأنه هو الغاية المباشرة أو الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم
 الوصول إليه من وراء التبرامه . فيحتف سبب عن الباعث في أن السبب ،
 هو أول نتيجة يصل إليها الملتزم ، أما الباعث فغاية غير مباشرة
 تتحقق بعد أن يتحقق السبب . ولا يصل إليها الملتزم مباشرة من وراء الالتزام .

السبب في الطوائف المختلفة من العقود :

ويستعرض النظرية الهندسية "طوائف عكيفة يعقودا بحديد السبب -
ويهمهم دائما معنى السبب "القصدى - في كل صنفه منها ، على النحو الذى
جرى عليه يوم وبوئته

في العقود المبرمة بحسب سبب التزام كل من المتعاقدين هو التزام
المبرم والآخر مثل عقد البيع ، بغير "الناج" وهو من ملكية المبيع
وسبب هذا التبرم هو التبرم المسمى "مفع" مثل ، ويشترط المسمى "مفع
مثل وسبب هذا التبرم هو التزام النايج بملك المبيع ، ومن مثل
ذلك في عقد "ناجى بغيره بغير "الناج" والمقوية وعقد العمل .

وفي عقود المبرمة بحسب واحد : إذا كان العقد عربيا ، فربما كان أو
عالميا ، وقد يكون "ناجى بغيره" وهو في غير "الناجى" الحادى يكون
سبب التزام المبرم المبرم هو سببه شيء "الحادى" والمقترص يلتزم
بأن يعرض لآية سببه ، ودعاؤه "عرض المبرم" الذى قصد إلى تحقيقه من
وراء التزامه ، إذا كان العقد المبرم لحساب واحد عقدا عربيا ، كالوعود
المبيع ، فربما أن سبب الالتزام هو "تمام" العقد "تمت" ، وهو العرض
المباش الذى قصد الواعدين تحقيقه ، وهو بعد سبب "يتم" قد يتحقق
وقد لا يتحقق

وفي عقود التبرع ، السبب في التزام المبرع هو "تبرع" دائما فالمتبرع
يقصد من وراء التبرع عرضا مباشرا هو أسدا ، بل هو هو له وهذا هو
السبب في تبرعه .

وبيننا تقدم أن خصائص السبب في الطريقة التقليدية هي عكس
خصائص الباعث :

(١) فالسبب شيء داخلى في العقد ، يستخلص حتما من نوع العقد ومن

صيغة لا ترمي دانه . (٢) وهو شيء صوري لا تؤثر فيه نية الملتزم .
 (٣) وهو غير متغير ، فبقى واحدا في نوع ، احدا من العقود ، ولا يتغير
 تغير الموعات والدواعي وهذه الخصائص الثلاث هي غير الخصائص التي
 رأيناها لصحة السبب في الصكوك الرومانية الحديثة

على أن نظرية التقيد في خلافات الروماني بحريص على
 أن تقر أن قيام السبب واجب من وقت يكون العقد إلى حين تنفيذه .
 فإذا قام السبب عند تكوير العقد لم يفسد قبل سقوط الالتزام
 وبصور أهمية هذه القاعدة في العقود الملزمة لجانبين . وأن هذه العقود تتميز
 بثلاثة : (١) بدائتها قبل أحد المتعاقدين بغير التزامه بها . (٢) استمرارها
 الآخر أن يقع على تنفيذ ما سبب في رده من التزام . وهذا هو النوع عدم
 التقيد (٣) بدائتها قبل أحد المتعاقدين بغير التزامه بها . بلية هذا الآخر
 أن يطلب فسخ العقد . وهذه هي صفة فسخ (٣) بدائتها على أحد
 المتعاقدين بغير التزامه لقوة فاقرة . كمن هو سعة هذه الاستحالة . سقط
 التزام المتعاقب الآخر . وهذه هي صفة تحمل لبعة . وأما النظرية التقليدية
 فنون هذه المبادئ . "لأنه على فلكه السبب ووجوب فاعله قائم إلى أن
 يتم تنفيذ العقد .

مفسر
 انظر
 في
 فقه
 السبب

الشروط الواجب توافرها في السبب :

نذهب نظرية التقليدية إلى أن السبب يجب أن تتوافر فيه شروط
 ثلاثة . (١) أن يكون موجودا (٢) وأن يكون صحيحا (٣) وأن يكون مشروعا
 (١) وجود السبب ليس في الواقع شرطا يجب توافره في شيء . بل
 هو الشيء ذاته . وإنما يثار وجود السبب حتى يتقرر أن كل التزام لا يكون
 له سبب يكون التزاما غير قائم . ويغفل في السبب غير الموجود أن يكون
 سببا موهوما وقع غلط في وجوده ، فطر المتعاقدان أنه موجود وهو غير

وهو جواز ركن سبب موجود لا سبب في هذا شرط لأول .
 من يدعي في هذا شرط ثانى كجاء في "نماها هذا" سبب غير
 الموجود أن يكون المتعاقدان على مدة من "نه غير موجود ، أى أن يكونا
 غير واهين في وجوده . وإنما المتعاقدان على "تعاقد سبب غير موجود
 وهما عالم بذلك في وروض يذكر مهما لترويض الثلاثة الآية . (١)
 قد يكره أحد المتعاقدين على بمصاء بقرار مدونه وهو غير مدني ، أى
 سبب لا وجود له كقرض لم يتم . وفي هذه الحالة يكون العقد سبب يقر به
 المتعاقد المكره مدونه بطلان لا لعدم السبب . ولا يمكن أن يقال أنه
 قان الإبطال لما وقع فيه من إكراه . فاعرف واضح بين البطلان والعالمية
 للإبطال . من قد لا يكون هناك إكراه وبطلان الإقرار . المدعيه قل تسلم
 القرض . ثم يثبت المقر أنه لم تسلم "قرض أصلاً ، ويكون الإقرار في هذه
 الحالة باطلاً لعدم السبب (ب) سيكون سبب غير موجود ، دون أن
 يكون هناك وهم آخر . كما ، في معنى (سراحيمة) (effet de complaisance)
 وصورته أن يترحم شخص نحو آخر أو بصورة باقضى سنداً لمصلحته ،
 ويقصد من ذلك أن يعطى الدائن "صورى سنداً يحصل على قيمته من طريق
 تحويله . حتى إذا حل ميعاد دفع السند قام الدائن بصوري توريد قيمته
 إلى المدين ، ويدفعها هذا الخ من السند . وذلك يستطع الدائن الصوري أن
 يحصل على ما هو في حاجة إليه من النقود إلى أجل معلوم لا من مدينه
 والدات . بل يحصل بمصاء هذا المدين على سند المجاملة . ولا يخرج إعدام
 السبب على حامس لسند إذا كان حسن لية ، ولكن في "علاقة ما بين المدين
 ودائمه انصوري يستطيع الأول أن يتمسك بطلان السند لإعدام
 السبب . (ج) ويتحقق إعدام السبب بنوع خاص بعد تمام التعاقد ، ويقع
 ذلك في العقود الملزمة للجاسين إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه أو
 استحالة عليه هذا التنفيذ لقوة قاهرة . فإن سبب التزام التعاقد الآخر يصبح
 غير موجود بعد أن كان موجوداً عند التعاقد ، وإعدام السبب بعد وجوده

بند شرط
 سبب شرط

في هذه الأحوال هو الذي يعبر بطريقة الدفع عنه التنفيذ وبطريقة القسح ونظرية تحمل التبعة على ماينما .

(٢) ويجب أيضا أن يكون السب صحيحا . فالسب غير الصحيح لا يصلح أن يقوم عليه التزام . ويرجع عنه صحة السب إلى أحد أمرين : أما لأن السب الظاهر - وهو سب غير صحيح - هو سب موهوم أو معلوط . وأما لأن السب الظاهر هو سب صوري

والإثباته على السب الموهوم كثيرة . واثبت بتجرح مع شخص يعتقد أنه وراث معه وهو ليس بوارث . ويعطيه مبلغا من النقود حتى يتحى عن صدمته في الميراث . فهذا التجرح باطل لأن سبه موهوم . واثبت بصحى بإقرار بدين على التركة وينفي أن يكون كان قد استوفى الدين من الميراث فهذا الإقرار باطل لأن سبه موهوم . واثبت بتعهد لموصى به عن التركة أن يعطيه مبلغا من المال في غير موعده عن الوصية . ونفي عن ذلك أن الوصية أصالة . أن الموصى قد عصى عهدا . وتعد بوارث . بل لأن سبه موهوم . مدين ينفق مع دائته على حساب مدين . فيبين أن الدين القديم باطل أو أن الدائن قد استوفاه . فاستبعد . بل لأن سبه موهوم

بقي سب بصوري . والعقد الذي يقوم على سب صوري لا يكون طلاقا وهو السب . فإن "صورية" في دها ليست سب في إطلاق . ولكن إذا أثبت المذنب بصورية السب . فعلى المدعى أن يثبت السب الحقيقي . ويكون الأثر قائما . أو غير قائم . فلهذا السب الحقيقي . فإن كان هذا السب موهوم . سقط الالتزام . لأن السب الحقيقي موهوم . لأن السب الظاهري صوري . وبطل كل السب الحقيقي غير مشروع . وقد أضحى تحت ستر سب مشروع كما هو العاد . سقط الالتزام أيضا لاصورية السب الظاهر . بل بعدم مشروعية "سب" حقيقي . أما إذا كان سب حقيقي مشروعا غير موهوم . فإن الالتزام يقوم . لأنه من صورية السب الظاهر .

٣١) ويجب أن يكون سبب مشروع وسبب المشروع هو الذي لا يحرم القبول، لا يكون محرم لعدم الأدب، ومشروعية السبب، عند أصحاب النظرية التقليدية، شرط مسبق عن مشروعية الحق. فقد يكون الحق مشروعاً والسبب غير مشروع، ويحقق ذلك في فروع مختلفة، ذكر من

أولاً: إدام. شخص لا يحرم ارتكابه جريمة في متاع مبيع، المقود، فإن إتمام شخص دفع عبود محله مشروع، ولكن سببه وهو الترام الشخص الأول ارتكابه جريمة - غير مشروع - فلا يترتب له الأمر. لأنه مشروعية الحق من عدم مشروعية سبب

ثانياً: كرنك. إذا تعهد شخص لا يحرم ارتكابه جريمة في متاع مبيع من المقود، فإن إتمام كل من المتعدين محله مشروع، يكون إتمام عدم ارتكابه جريمة وهذا عن مشروع، والآخر إتمام دفع مبيع من المقود وهذا أيضاً عن مشروع، ولكن سبب إتمام الأول، لا امتناع عن ارتكابه جريمة هو إتمام الآخر دفع مبيع من المقود، وهذا سبب غير مشروع لأن الامتناع عن ارتكابه جريمة واجب فأولى لا يجوز الآخر عليه، وسبب إتمام الآخر دفع مبيع من المقود هو إتمام الأول، لا امتناع عن ارتكابه جريمة. وهذا أيضاً سبب غير مشروع إذ لا يجوز شخص أن يترحم نحو آخر حبه على أداء واجب عليه، ومن ذلك نرى أن كلامنا الإترامين لا يبقوا لعدم مشروعية السبب. وهذا بالرغم من أن كلاهما محله مشروع. وكذلك الأمر في كل عقد يلزم فيه شخص بإحارة شخص آخر ليحمله على القيام بما يجب عليه دون إحارة، كالمودع يحير المودع عنده حتى يرد الوديعة، وكالمسروق منه يحير السارق حتى يرد المسروق. ولكن خطف ولده يحير الخاطف حتى يرد إليه ولده، ولكن يخشى أدى من شخص يحير هذا الشخص حتى يكف عنه أداءه

(١) لثا عقد الوضاعة في "روح هو أيضا عقد سدة غير مشروع عني رأي، وإن كان محل مثله في هذا العقد شخص لا يقع أثر الوسيط يبحث له عن روح مرسدة في كثير من المقامات بقول "عقد غير مشروع لأنه يعرض الروح لخطر من شأنه بحكمة ذات له لسيه مرتب بينه وبين غيره لشرط الوسيط الآخر، وروح مؤمنة من هذا أحراراً على "الحسن لاحتراجه على "الحج فيكون العقد مشروعاً مقادراً لشرط الآخر على "الأنه لا يرد "تم" و"أح" فهذا هو المقادير، لأن الوسيط في هذه الحالة هو يحصل على كمال طيب من نفس وحدها حريته بالانفاد لا يرد في مصادحه روحاً "و" ولا مصادحه "ألا للوسيط يحصل على أحره الموعود.

وتمتص في مصر غير مستقر، فقد نصبت حتى يحكم الوضعية سلطان "العقد" لا يفي في ذلك من حيث سبل على "الحاضيه" أن تتحدح الروح في أمر وجهه نسب الأحرار المراه عن "الحج" وفصت بحكمة الاستئناف المحضه صححه العقد، "د" عرض اثنى يرى فيه مشروع فهو يسر أمر الروح، وإذا وقع عشي من الوسيط تمكن الرجوع عليه بالطرق التقوية.

وعن تأثير الأحد يرى بحكمة لبعض مرسية، فيكون العقد صحيحاً إذا أحد الوسيط آخر على عمله ثم الروح أو لم يتم ويكون أصلاً إذا لم يأنح الأحرار إذا دام الروح فإذا أحد بهذا الرأي، كان الاتفاق مع الوسيط على إعطائه أحراراً إذا كجحت وساضه تفاد غير مشروع. وعدم مشروعية هذا يرجع إلى لسبب لا إلى المحج، فإن الترام كل من الهريقين محله مشروع، أحدهما يلتزم بإعطاء الآخر والثاني يلتزم بالعشور على روح صاخ، ولكن سبب كل من الاترايين غير مشروع، لأنه يناكح لف الآداب والنظام العام أن يلتزم الوسيط برويح الطرف الآخر في مقابل أحر. وأن يلتزم الطرف الآخر بإعطاء الوسيط أحر في مقابل هذا الزواج

انتفاء النظرية التقليدية في السبب — نظرية غفيرة يمكن الاستغناء عنها:

هذا استقرت نظرية التقيدية مقولة عن دوام وجوده على النحو الذي
نظّمه . فقدت معشاً لتخلق المقدم . دون فيها صيق 'لافي' وقصور المدى
وعقر الإباح . ويرى كل منهما . كالأستاذ كايون — قد دافعوا عنها بعد
أن حوّلوا هذه . فإن كثيراً من المقدم . وعلى أسهم الأستاذ لا يقول
هـ حـ . مـ حـ عـ . فاصداً لرومانية الكتابة هي أن مـ حـ مـ كثيراً
في تكلف هذه النظرية التقليدية . والسبب وجودها فيها ليس في أنها غير
صحيحة . فهي حتى لو كانت صحيحة عـ مـ على بل حـ . وهي لا تصيف
شيئاً إلى الثروة لها . مـ . مـ هي تحدد السبب في أنواع عقد . المختلفة تحديداً
آل . وتنطبق فيه شروطاً . وتستعرض هذه شروطاً مطقة على
السبب في صورته المختلفة . أثبت أن السبب بهذا المعنى التقليدي الصيق
يمكن الاستغناء عنه دون عـ . يمكن الاستغناء عن السبب الموجود . وعن
السبب الصحيح . وعلى السبب المشرع

١ . يمكن الاستغناء عن السبب الموجود . وعلى النظرية التقليدية
للتدليل على وجود السبب شيئاً . مثل أن يكون على أمـ . انقراض
ليس له سبب ومثل من أمـ . سبب محاميه عن مدة واحـ . فإذا أكره
شخص على أمـ . سبب لا وجود له . كقرص مـ . فإن العقد يكون
باطلاً . ولا يكفي هذا استظهار الأكره فإنه يقتصر على حـ . العقد فائلاً
للأطراف . ولكن على أي أساس يقوم طلاق العقد ؟ تقول النظرية التقليدية
أن الأساس هو إعدام السبب . إذ الانقراض لمدة . به سببه القرص والقرص
لم يتم . على أنه من اليسير أن نصل إلى النتيجة دائماً عن طريق غير طريق
السبب ذلك أننا إذا اعتبرنا السبب فاصداً عن إرادة منفردة . فهو انقراض
بدفع مبلغ واجب عقد القرص . ولم يكن هذا المنع لا وجود له لأن القرص
لم يتم . فالحال الانقراض معدوم . سقط الانقراض لا لإعدام السبب بل لإعدام

مستند

الحق ، وإذا اعتبرنا السند هو عقد المقرص منه فانهم المقرصون لا يقوم
هذا أيضا ، لأنه لم يتسم مبلغ المقرص ، ولأنه من أن يتسم المقرص مبلغ المقرص
حق يتم رده ، أما لأن المقرص عقد عيني لا يتم بعده التسميم ، وأما لأن
المقرص عقد رضى - وقد يشترط فيه أحد - فمقرصه المقرص
بشبهه بقرامه ، وفي أحاديث سقطت من بعض السند ، لا لعدم
أن عدم انعقاد المقرص أو عدم انعقاد المقرص ، فمقرصه المقرص
شخص سند محالة لأن صورته في المقرص هو المقرص ، فمقرصه المقرص
عن طلبة السند ، فمقرصه المقرص ، فمقرصه المقرص ، فمقرصه المقرص

[illegible]

أسبب وتبعث . وحظ منها حظا . لا في المبرعات حسب . وفي سائر العقود . وقد أكسب "قضاء" ضرورة السبب بهذا التبع . ووجه لا يمكن لها . أصبحت نظرية في هذه النظرية منحة لا على غيرها .

فالسبب في نظر "قضاء" هو سبب الدفع بغيره في أن سره . وما دامت الإرادة قد أصبحت حرة صديقه في أن تثنى . ما شاء . من الالتزامات . وما دامت الإرادة لا بد لها من باعث يدفع . فلا في من أن بشرط "قانون" أن يكون هذا باعث . وأن يكون عرضا لا في برى لإرادة . في تحقيقه عرضا لا بغيره . قانون ولا معرض مع "الظن" . ولا تثنى مع الآراء . وبواعث بغيره كثيرة متنوعة . منها الدافع وغير الدافع . ومنها "النسي" وغير "النسي" . وسبب الدافع "النسي" هو الذي بعده . وفي غير الكشف عنه . وحسب "لوقه" . في هذه . فيكون هو السبب . بهذا المصطلح الصحيح "يعني" سبب "قضاء" . ضرورة في "النظرية الحديثة" . وسائر الفقه المعاصر القضاء في هذا الطريق .

وهذا على وجه . يحصل ما بعد القضاء من "حسب" على . في نظرية القضاء الكسبية في السبب . وهي ضرورة الحصة المستحقة في الحق . ومنها دوما إلى نظرية "التفدية" . فكان هذا الاعتراف سدا في كل ما أحاط به . لسبب من اضطراب وما أصاب من عقم طوائف "التقريب" خاصة .

ضرورة الباعث وكيف يفسط

والباعث الجديد الذي استضاف أكثر مرونة من السبب في النظرية التفيدية . ويكفي أن يعود إلى حصة "السبب" . على جانب حصة "السبب" . لنرى المقصود في حصة التقيص . فقد قدمنا أن السبب معياره موضوعي . وهو داخل في "العقد" . لا يتغير في اسم أو واحد من العقود . أما الباعث فمعياره ذاتي . وهو خارج عن العقد . ويتغير من عقد إلى عقد بتغير المتعاقدين .

ومما يدفعهم من لواعث ومداخيل الساعات على هذا القدر من الدائبة والافصال والغير ، كان من الواجب أن ينظر كيف ينصط ، حتى لا يكون مثارا لمزاعم وعرفان القليلة في التعامل .

ولا يجوز مداهمة أن بعد الباعث الذي دفع أحد المتعاقدين إلى التعاقد إذا كان هذا الساعت محمولا من المتعاقد الآخر ، ولا استثناء أي متعاقد أن يحصل من غيره بدعي أن الساعت له على التعاقد - وهو أمر مستحيل في حقه ، أصير من شأنه أن يحسن بعد ساطلا فلا بد أن من صحة وثيقة ترصد كلام المتعاقدين الساعت ولأنه من صاطلا جمع إليه في ذلك فما هو هذا الصاطلا ؟

أبكي أن يكون - عت معبود من صرف الآخر ، ويجب أن يكون متفق عليه من المتعاقدين ، أو صبح التوسعة من هذين حدين فيشترط أن يكون ، الحرف الآخر معهما في ساعت الذي دفع الحرف الأول إلى التعاقد دون أن ينص على حد الاتفاق مع غيره ، ودون أن ينص عند حد محدود العلم به ؟

، أتق من بوضع هذه المراتب بدرجته شخص يقتصر مقودا من حرية مر ١٠ فامقرص من يحسن 'عرض لدى أحد لمقرص 'مقود من أجله وفي هذه الحالة لا بعد بالساعت الذي دفع المقرص إلى التعاقد وقد يكون المقرص صدقا لمقرص ، علمه عرضه ، دون أن يقصد ، 'أقراض تمكين المقرص من المقدره وهذه هي مرتبة "عم" وقد يكون المقرص مرأيا يستثمر مثله في أقراض المقامرين فيكون قد قصد إلى تمكين المقرص من المقامره ، وهذه هي مرتبة المساهمة وقد يكون المقرص هو الشخص الآخر الذي تقامر المقرص معه ، ويتفقان على إقرص الاستمرار في المقامرة ، وهذه هي مرتبة الاتفاق فاية مرتبة من هذه المراتب الثلاث سطها القانون حتى يعتد بالباعث ؟

بسم الله الرحمن الرحيم
الحمد لله الذي هدانا لهذا الذي كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله

۱۔ دکان کی بندش اور اجلاس کے بعد
۲۔ افسانہ پر مبنی حق و باطل کا
۳۔ ان تصویروں پر مشتمل

عن تايه الخليلي طاب له عري و يفتي باسم الحريه المصريه العلميه المنظر به

الحريّة في الحب :

[illegible]

وہ اکثر شہر و دیہاتوں میں گھومتے رہتے تھے۔ ان کے ہاتھ میں ایک چمکدار لکڑی کا تختہ ہوتا تھا جس پر وہ اپنے خیالات کو تحریر کرتے تھے۔ ان کے ہاتھ میں ایک چمکدار لکڑی کا تختہ ہوتا تھا جس پر وہ اپنے خیالات کو تحریر کرتے تھے۔

[illegible]

دلت أنه هو وحده الذي يستطيع أن يقوم بهذه حجة في صورة نسب
المنزوع، ولا يعنى عنه كمن آخر، لا كمن الحق ولا كمن الرصد. ولكن
عندهم الحديث أو نقف مهمه. ولا يجوز ذلك في حجة التعقد الآخر من
العلط في صورة السبب الصحيح، فإن صرية العلط تغني عندئذ عن نظرية
نسب من يفصلها من حيث آخره. وهو في نفسه في مصر وفي فرنسا،
وهو بلا من احببه لعمليه. مهمة نسب على هذا الوجه. ولا يكاد ينصر
على السبب غير المشروع في نفس العطف. ومن أن عدد نصيبه قد تألم
يدعى بالنسب غير الصحيح. وهو يحفظ في عمل العطف.

وم صرح نقبين المدين حديد من أنه من نص ينبغي أن يقصد
من النسب، وحكم لا شك في أنه يعنى نص في أحدية وساطة به
التقليد، وقد كان هذا هو شأن نقبين له وهو لا يريد في صراحة
تعبير عن نص احيد. وكان القصد في مصر نصرا
عبارات شمس السدي على معنى غيره. لكنه لا على معنى آخره
للقبيد. ولا يعطى نص احيد صله. فصي. وهو قد تأثر روح
خاص تنقله نصيب المصير. وهو على وفور. ذلك صراحة في المذكره
لأبصاحيه مشروع القميين والنسب. في نصيب احيد
هو نصيب في العطف. كل ما أورد على نظريه حديثه في نسب
ينطبق في نصيب احيد. والذي في نصيب حديد أصح من أن يكون النسب
معنوا من النصيب الآخر. وإذا كان ما عرفت متى دفع أحد المعهود إلى
العطف غير مشروع، وذكر المنعقد الآخر. هذا ما عرفت وليس في
استطاعه أن يرد. وقدمه المشروعية لا يعتد به. ويكون عند صحاح
ويقوم لأعلى الإرادة حقيقة فهي غير مشروعه. ولكن متى الإرادة
المتحررة، شأنه في ذلك شأن عطف الذي هو على إرادته معنوا أو
بأس أو مكره ولا يعطى التعقد الآخر لغيره ولا يستدعي أن يرد.

وانتمسات المدسه تعريه لأخرى - نقبي أسوري ونقبي، و نقبي
العراقي - سارت على عرا نقبين المصريين وعقب "نصرة" له. نسب

نقبي

نسخة بحره استمرارها في مصر يكون صلاح هذه مشروعية
 كان لا ينعى على هذا التحريم وقصبت ١٥١ سنة ١٩٢٩ ٤١ ص
 ١٣٥٤ عقد المقرض يكون صلاحه قصد المقترض يمكن من
 المقترض ١٥٤ ص قصد ٦٠ مرس سنة ١٩٣٣
 ٤٥ م ١٣٠٣ " المقترض المقترض المقترض
 المقترض المقترض المقترض المقترض
 أن يكون معلوما من السمسار وإلا فلا بد المقترض المقترض
 سنة ١٩٣٤ ٤ ص المقترض المقترض المقترض
 ٨١ سنة ١٩٢٦ ١٧ ص ٣٦ ص ١٧٦ المقترض
 المقترض المقترض المقترض المقترض
 المقترض المقترض المقترض المقترض
 المقترض المقترض المقترض المقترض

وفي فرنسا كثير من المقرضين المقترض المقترض
 غير مشروع المقترض المقترض المقترض
 المقترض المقترض المقترض المقترض
 المقترض المقترض المقترض المقترض
 كان المقترض المقترض المقترض المقترض
 ٣٦ ديسمبر ٨٩٩ المقترض المقترض المقترض
 الفرنسي المقترض المقترض المقترض
 المقترض المقترض المقترض المقترض
 سبتمبر ١٩٠٧ - ٢ - ٦١ المقترض المقترض
 المقترض المقترض المقترض المقترض
 ٤٨٤ المقترض المقترض المقترض
 المقترض المقترض المقترض المقترض
 المقترض المقترض المقترض المقترض
 المقترض المقترض المقترض المقترض
 المقترض المقترض المقترض المقترض

و. بطل القصاص أو إبطال كل العرص من غير أن يتفكك المقصر من الحصول
على من يدينه للمعصرة (محكمة النقض أمر سنة ١٩٥٠ م. من سنة ١٩٥٥ م. سيرة
٩٦ - ١ - ١٣٨٩) أو أن يستبقى صلاب غير شرعية ترصه بخدمة له
(محكمة النقض أمر سنة ١٧ م. من سنة ٩٢٢ م. والمور ١٩٢٣ - ١ - ١٠٧٢)
أما في التبرعات فقد كان مقتضى الأمر من شأنه دفعه في ضمن الباعث منه السبب
ولم يقف عند ذلك التبرع بل دعا إلى سحب على التبرع فقط وليس على
بأنه أنه مضاعف المقصر في قصده و. بطل تبرع حين حدوثه
أن باعت على هذا التبرع وقد كان لا يجد هذه الحقيقة غير مشروعته
لاستقائها أو لإعطاء محكمة النقض أمر نسبة ٨ م. من سنة ١٩٢٦ م. والمور
١٩٢٦ - ١ - ١١١٣) أما إذا كان الباعث على التبرع يتم منه وهو من
حده من صاحب من المصير سبب هذه المعصية غير المشروعه من
القطوع. و. بطل تبرع مشروع والمبرع يكون صحيحا وهو في الواقع
يعتبره. فإذ لا أم طهني (محكمة النقض القرار نسبة ١١ م. من سنة ١٩١٨
سيرة ١٩١٨ - ١ - ١٧٠) وإذا كان لروح لروح حتى يحتمل على إيصاء
الامصال أو دى كان سبب تبرعه أو باعت عليه غير مشروع وبطل
البرع (محكمة النقض أمر سنة ٢ م. من سنة ١٥٠٧ م. والمور ٩٧ - ١ - ٣٧٠)
وإذا قتل التبرع شرطا دافع غير مشروع. كان هذا الشرط هو الباعث
في السبب. وبطل التبرع جميعه ولا يقتصر الأمر على طلال الشرط (محكمة
النقض أمر نسبة ٣١ أكتوبر سنة ١٩٢٢ م. والمور ١٩٢٢ - ١ - ٢٣٩).

وقد أخذ النقيض المدني الأبطالى الجديد الصادر في سنة ١٩٤٣ المصرية
الجديدة في السبب. فقطى في المادة ١٣٤٥ بأن الباعث غير المشروع بطل
لعقد إذا ثبت أن المتعقد يدا على إياها إلى التعاقد مدفوعا بهذا الباعث وحده.
وكان باعنا مشترك في كلا المتعاقدين.

المبحث الثاني

نظرية السبب في القانون الألماني

القانون الألماني من هذه الموضوعية للذاتية .

تعتبر قانون الألمان عن لهواين اللاتينية بأن سبب من موصوعه (objectif) لانية (subjectif) فهو يقف عند التعبير المادى للإرادة ، ولا يحاوره إلى الإرادة نهائية هي تخلق في الصميم ، ومن «أولى لايفقى الإرادة عند حدوثت عنه من دوافع نفسية وبواعث دائمة . فلاحظ على الحقوقي ما لم يكن حراً من التعبير عن الإرادة لا يمتد ، ومن ثم لا يعرف قانون الألمان نظرية نسب تضارب لطية الذاتية رأياها في لهواين الذاتية . فالإرادة وطرق الكشف عنها ، والمعوقات التي تشوبها والبواعث التي تدفعها . كل ذلك يحصر في شيء واحد هو التعبير عن الإرادة . هي هذا التعبير - لاقى غيره - يجب أن تنس كل شيء .

والتعبير عن الإرادة هو الإرادة الظاهرة . إذا ، صعدت إلى حجاب الإرادة الباطنة . ويمكن القول أن السبب في القانون الألماني يتلخص في مسألتين . (١) العبرة بالإرادة لهذه أى التعبير عن الإرادة (٢) والسبب جزء من التعبير عن الإرادة .

المطلب الأول

أخيرة في القانون الألماني ، لإرادة الظاهرة أى بالتعبير عن الإرادة

الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة .

يجب التمييز بين الإرادة الكاملة في النفس والمظهر الخارجى للتعبير عنها . أما الإرادة الكاملة في النفس فهي ضمن نفسي بعقد به العزم على شيء معين . وما دامت الإرادة عملاً نفسياً ، فإنه لا يعلمها من الناس إلا صاحبها ، ولا يعلم

بها غير - إلا إذا عبر عنها بأحد مظهري التعبير بالإرادة لكامة في النفس هي
الإرادة الباطنة ، ومظهر التعبير عن هذه الإرادة هو الإرادة الظاهرة .

وإذا لم تختلف الإرادة الداخلة عن مظهرها الخارجى . فسيل الواحد
الإرادة الساطعة أو الإرادة الظاهرة مادامت الذات متطابقة . أما إذا
اختلفت . كما إذا أمضى شخص عقدا مضوعا بضم شرط كان لا يقبله
بوصفه له . وكشف شخص بزل في صدق على شروط لا يعلمها ولكن مكنه
ومعلمة في عهده . وكمن وصى عن أثاث ميراثي بطريق التأسيس على بيان مطاوع
فقد نهى بشر على أثاث عرفة يومه . بدأثاث عرفة استقبل . فاعادة
المعروفه في الميراث . "الائتية" الإرادة - خطه هي التي وحيدها . ولكن
العهدة الجرماني آخر . لإيراده تطرد . ومن هذا جئتم المدرسة الألمانية
مع المدرسة الفرنسية في العقد ، كما اختلفت في الإرادة كما اختلفت في طريقتها
العامه للعلاقات القابضة فالأولى تهدف إلى إتمام مدة المحصوله بمصرح
موصوعه . والآخرى تهدف إلى إتمام مدة المحصوله داوية . وإذا اختلف
عن العقد رأيت إرادة المهرمة . لا إرادة واحدة . والمدرسة
الألمانية بالإرادة الظاهرة .

وبطريقة لإيراده الباطنة تبحث عن الإرادة فيها بطريقين .
أما مظهر . فبغير عن الإرادة . فبغير . لا فريضة . بلها . من إن كانت انعكس فإذا
قام دليل من جهة أخرى على أن المظهر المادى لا يتفق مع الإرادة النفسية ،
فالعبرة بهذه لذلك وإذا صدر الوصول إلى معرفة الإرادة النفسية عن
طريق الحرم . فما على القاضي . لا أن يتعرفها عن طريق الافتراض . فالإرادة
الحقيقية أولا . وإلا فالإرادة المفترضة . ولكنها - حقيقة كانت أو مفترضة -
هي الإرادة الساطعة لا الإرادة "ظاهرة" . الإرادة الخفية المختفية في معدها
الحقيقي . غير متأثرة لا بغير ولا بكراه ولا بغير

المبحث الثاني

طرية السبب في القانون الألماني

القانون الألماني نزعة موضوعية لدونيه :

يتميز القانون الألماني عن القوانين اللاتينية بأنه برعته موضوعية (obj,ectif) لادانية (sub,ectif) . فهو يقف عند التعبير المادي للإرادة . ولا يجوز له إلى الإرادة ذاتها وهي تختلج في الصميم . ومن باب أولى لا يتقصي الإرادة عما صدرت عنه من دوافع نفسية وواعية دانية . وأباحت على الفرد ما لم يكن حراما من التعبير عن الإرادة لأبعد . . ومن ثم لا يعرف لقانون الألماني ضرورة بسبب صدق الطرية لادانية أي رأيها في تقواين الإيجابية . فالإرادة وطرق الكشف عنها والعبوات التي تشوبها والواعية إلى . . . كل ذلك محصور في شيء واحد هو التعبير عن الإرادة . وفي هذا التعبير لا شيء غير . يجب أن تنس كل شيء .
والعبر عن الإرادة هو الإرادة الظاهرة . إذا وصفت إلى جانب الإرادة لظاهرة . ويمكن القول أن السبب في قانون الألماني تلخص في مسألتين : (١) العبارة بالإرادة لظاهرة أي التعبير عن الإرادة (٢) وانسب جزء من التعبير عن الإرادة .

المطلب الأول

العبارة في القانون الألماني ، لإرادة ظاهرة أي بالتعبير عن الإرادة

الإرادة الظاهرة والإرادة الظاهرة :

يجب التمييز بين الإرادة الكامنة في النفس والمظهر الخارجي للتعبير عنها . أما الإرادة الكامنة في نفس فهي عن نفسى يتعقد به العزم على شيء معين . وما دامت الإرادة عملا محسوسا . فإنه لا يعلم بها من الناس إلا صاحبها ، ولا يعلم

بها غير، إلا إذا عر عنها بأحد مصطلح "تعبير" والإرادة الكامنة في النفس هي الإرادة - طية ، ومظهر "تعبير" عن هذه الإرادة "ظاهرة" .

وإذا لم تختلف الإرادة الداخلية عن مظهرها الخارجي . فبيان الواحد بالإرادة الباطنة أو بإرادة الظاهر مادامت الاثنين متطابقين . أما إذا اختلفا - كما إذا أمضى شخص عقدا مطموعا تنصص شرطا كان لا يقبله لو فصله ، وكتخصص من في عقد على شروط لا يبعثها والسكها مكتوبة ومعددة في عهده . ولكن - صي على أثاث منزلي صديق "تأجير" على بين موضوع فرد - يؤثر على أثاث عرفة وموهو يريد أثاث عهده - فيقال - فانه عدة اعمروه في القوام لا يسهل أن الإرادة - طية في أي واحد ما واكن الفقه الحزمن أحد الإرادة الظاهرة ومن هذا جئتم لمدرسة الألامنة مع لمادة رئيسية في العقد كما جعلوا لا إرادهم ، كما جعلوا طامها العامة للعلاقات المدنية والكونية فتمتد من المادة المحسوسة بصورتها موضوعية والأخرى عند إلى البواطن - فتمتد مادانية فإذا اضمحل عن العقد - فتمتد المادة المرسلة - لا - ص - ونحوه لمدرسة الألامنة - فتمتد لظاهرة

ونظريه الإرادة لصحة نبحث عن الإرادة فيما تنطوي به نفس ، فما مظهر "تعبير" عن الإرادة نفس الإرادة - طية - من يثبت أحسن وإذا قام دليل من جهة أخرى على أن المظهر المادى لا يتفق مع الإرادة النفسية . فالعبرة بهذه لذلك وإذا تعدر الوصول إلى معرفة الإرادة النفسية عن طريق الحزم ، فما على القاضي إلا أن تعرفها عن طريق الافتراض فالإرادة الحقيقية أولا ، وإلا فالإرادة المفترضة . والسكها - حقيقة كانت أو مفترضة . هي الإرادة الباطنة لا الإرادة الظاهرة . الإرادة الحرة المختارة في معنيتها الحقيقي ، غير متأثرة لا بعش ولا بإكراه ولا بخلط

وفي النصف الثاني من القرن التاسع عشر بحث فقه . كاس طرية
الإرادة الباطنة بحث المدقق ، وخلصوا . بحثهم إلى أن هذه الإرادة النفسية
لا يجوز أن تكون لها أثر في القانون . فهي شيء كائن في النفس والإرادة
التي تنتج أثرها هي الإرادة في مظهرها الاجتماعي لا في مظهرها وهي محتاج في
تصوير . ولا يجوز الإرادة مظهراً اجتماعياً إلا بعد الإفصاح عنها فاعبرة
هذا الإفصاح . وهو الشيء الذي لا يستطيع قانون أن يحيط به وأن
يتأثر بحكمه . وإن حشد في شخص ما مظهر عدة أمور من بينات .
فإن قانون طاهره الاجتماعية لا طهره منه . ولا إرادته . خاصة لا وجود له .
ولا في هذه المعنى . وقد أثبت أن كونه وجود في هذه الاجتماعية . وحب
أن تجسده في مظهره المادي . وهذا ما يستتبع أن كل وفي هذا
إستقرار لعدم . وصانعة لمن يمكن حق من مظهر تمامه من إرادته
لا يستطيع التعرف عنها إلا من طريق التعبير عنها . ولا يتبع عنه . يحدث
أن من تعده منه كل مظهر على أنه أحد . غير التي تستخلص من
الطريق الذي أحده للتعبير عن هذه إليه . ولا يشترط أصحاب ضرورة
الإرادة تعده . صريفاً خاصاً لمظهر التعبير . فإن مصدر من هذه المظاهر
يصح عنده . وقد يكون هذا المظهر تعبيراً صريحاً أو تعبيراً صمياً . وقد
يكون مجرد السكوت في أحوال خاصة مظهراً من مظاهر التعبير والمهم
عندهم ألا تقصر الإرادة على عمل عسى . من نهر إلى العالم المادي في
علامة طاهرة هي أي نفع عنده . وقدرة الإرادة بقدرها . وهم
لا يكتفون من المظهر الخارجي للإرادة أن يكون مجرد دليل عليها —
دليل يقبل إثبات العكس إذا تبين من الظروف أن التعبير الخارجي لا يتفق
مع الإرادة الداخلية — ولو اكتفوا بذلك المظهر لانفقوا مع أصحاب
طرية الإرادة الباطنة . ولكنهم يذهبون إلى مدى أبعد ويعتبرون هذا
المظهر الخارجي هو . لعنصر الأصلي للإرادة . فيجب الوقوف عنده . وإذا
كان لابد من اعتباره دليلاً على الإرادة الداخلية . فهو دليل لا يقبل إثبات

العكس ، فلا يسمع الشخص يدعى أنه نصير غير ما ظهر ، مادام قد أراد
هذا التعبير لدى أحدهم مقهورا إلا ذاته .

التعبير عن الإرادة :

ومادام في صدد القبول الآتي ، وليس لنا أن نذكر في الإلزام ،
ن يجب للكلام في التعبير عن الإرادة ، فالإرادة لا تكون صادرة
فاولية إلا ما لم يثبت ليس بعين ، ولا عينية ، ولا الإرادة بآثارها ،
يعرف التعبير عن الإرادة .

وبذلك نرى أن يكون ، أو مظهر التعبير : إرادة كاملة وهذه الإرادة
بما تكون مقصودا ، أي أن قصد ، ذكره صادرة في وجود مظهرها ،
أخارجي تحدث أثرها ، أي ، في يجرى عن إرادتها كقصد لا قصدية
إلا أنه المكتوبة ، أن تخرج مظهرها الخارج في الكتابة تحدث أثره القوي
ولا وفاء أن يوقع على هذه الكتابة ، هو في الغالب لا يقصد ذلك إلا بعد
أن يسلّم الورقة المكتوبة ، بعد أن يقوم بتدوينها ، ويترتب على ذلك في
أفعال الظاهر أو المحسوس لا يصبح أن وجد مظهرها مادام يقتضيه في التعبير عن
الإرادة ليس لأن إرادته الظاهر أو المحسوس معدومة في ذاتها فهذا أمر يتعلق
، الإرادة الباطنة ، لا لأنه لا يصبح أن يقال أن أي من الظاهر أو المحسوس قد قصد
أن تخرج إرادته ، بل مظهرها الخارج في تحدث أثره القوي وهذا هو الأمر
الذي يتعلق بالإرادة الظاهرة .

ولابد من وجود الإرادة الظاهرة وجودا حقيقيا ، فالإرادة المكتوبة
لا وجود لها ، كما كانت مرورة ، أما إذا لم تكن مزورة فهي موجودة ، حتى
لو وجهت إلى غير الشخص المقصود بأن وجهت خطأ إلى شخص آخر يحمل
اسم الشخص المقصود .

ومضى وحدث الإرادة لظهوره .. حسب الاعتقاد يحدون الإرادة بباطنه
 لتفسير (١) أن الإرادة لا يمكن لها قواها قانوني ألا إذا تحدثت مطهرا
 خارجيا ، أما إذا بقيت إرادة ، طهارة في جهات النفس ، فهي طهارة نفسية
 وليست طهارة اجتماعية كما فهمه وعلموه ، بمعنى طهارة الاجتماع
 ولا شأن له ، بالظواهر النفسية (٢) ولأن من صدر منه الإرادة ، بل من
 حتميا وليست هذه الإرادة من مظاهر طهارة ، بل من نفس في العمل ، وهذا
 هو الأثر للملك على التعبير عن الإرادة لا عن الإرادة نفسها ، فبحسب أن
 الاعتقاد ، بتعبير أي ، إرادة طهارة من الإرادة الصفة

هو وقد يكون - ح - منه متميز ، مع أن إرادته لظهوره وإرادة
 لظاهرة تخرج محدودة ، وهي - محور على تلاحق إرادات يمكن تحديد دليل على
 أن الإرادة ، منه تمتد عن إرادته صفة ، وفي الأحوال غير المتكثرة
 التي يمكن فيها تقديم هذا الدليل ، بقا المبدأ من حية أخرى ، ذلك أن
 مبدأ الإرادة الصفة لا يترك المظهر الخارجي الخاص ، من حرارة ، بل يرتكز
 عليه الحق في العمل على أساس تشويبه بتفسير من طهارة لهذا
 المظهر ، حماية منه لمظهره ، وبهذا ، كما ، ثم ، في ذلك ، وفي
 المبدأين الآخرين ، عنه ، فظاهرة إرادته ، طهارة ، بل من الإرادة
 ، اعتبارها طهارة اجتماعية ، ثم ، طهارة إرادته ، صفة ، ونظير إلى الإرادة
 باعتبارها طهارة نفسية ، وهذا ، كما ، في تلك ، في حتميا ، (١) عند
 تفسير العمل ، إذا أخذ القاصي بمبدأ الإرادة لظاهرة فهو لا يكون ملزما
 أن يتحسس إرادته الداخلية في نحو سرية ، فيفهم ، بل هو يقف
 عند المظهر الخارجي للتعبير عن الإرادة ، ويفهمه من الاجتماع لا من الاجتماع
 مستندا في ذلك إلى العرف الأخلاقي ، إلى المؤلف في العمل ، ومن فصل
 ذلك فيما يلي . (٢) إذا أخذ القاصي بمبدأ الإرادة لظاهرة ، فإن مسألة تفسير
 العقد تصح مسألة قانون تخضع لقاعدة محكمة التقص ، مادام الغرض ليس
 هو تفسيرية المتعاقدين بل تفسير نص العقد ، فيكون حكم ذلك هو حكم

سبب هذه الشخص عاده رفاقه المعروف الخرى في المعاملات ولا يعتد من هذه الظروف في احرارية بل كما انما خاص منها ، التعيين ذاته وبما يمكن اعتدوه بثة الجو الذى قام فيه التعيين ، أم يعرف فى العلاقة ترطها ، التعيين ولا يعتد به . فلو أن انبعثنا في المثل المفسد قل به يبيع داره ، ثم رضى لسانه فذكر دار الإسكندرية دلا من دار القاهرة ، فممكن بالرحمة على الظروف احرارية وملكها ان لم يبقه استخلاص المشتري فهم ، أو ان يرضى أن فهم ، الأمر على حمية ، وأذكرك ، كان يسعى أن يترك ، فهو مانع وانه يعلم أن فى داره دار الاسكندرية حار . تعبير تدبر عن لارثة على هذا النحو فتصحح من وفاء لخرجه ما ، رد حظ في بعض ، ويكنى التعبير فعدوه هو التعبير لدى ، اساحبه صدوره منه لا تعبير احدى صدر . فعلا ، ولا يقتصر كما فعدوه من على عمار تعبير الذى صدر فعلا صلا ، من يجوز ذلك في تصحيحه ويرجع إلى تعبير الذى أراد صاحبه صدوره منه محبة ويرتب على ذلك المشتري راقب شراء ابدار الى الإسكندرية يكون قوله غير مطلق حكم الإيجاب ، وإن كان مطابقة في الصهر . فلا يمكن "فعدوه لأن الإيجاب والقبول لم يوافقا على من واحد . فبدلا لما يمكن أن يستخلص من ظروف احرارية ما يصحح التعبير عن الإرادة على هذا الوجه ، ففى تعبير فعدوه وقبلة المشتري فاعتقد انعقد ، فمن يجوز ، فعدوه أن يطلب من فعدوه يعطى لظنه أنه لا يجوز له ذلك ما دام المشتري كان على حق في فهم الإيجاب على أنه متعلق بالدار التى في الإسكندرية ، لأن استقرار فعدوه يقتضى قيام انعقد صحيحا في هذه الحالة كما سأتى (اعلم سالى في انعقد الأباء فتره ٨١) .

(ثالثا) إذا أدى التعبير عن الإرادة في انعقد عقد ، قبل التعبير - وقد كان مجرد إيجاب من قبل فعدوه أصاب عليه فقبول فعدوه ذلك - يصبح تعبيراً مشتركاً بين الطرفين لا يستغل أحدهما . ومن ثم وجب استخلاص بية المتعدين المشتركة وفقاً لما نصه المراهقة في "loyauté en matière

أى إلى نطاق موصفه على ، حتى تم تطابق بينهما . وقد يقدر أن هذه الإرادة
لمشركه ليست هي الإرادة الحقيقية لأن من المتعاقبين . بل هي إرادة
مصطنعة ، مما حتمه حقيقتها حلقا حتى يقوم عليها العقد . ولكن ليس ذلك
حيثا من الأحاد ، إلا أنه الحقيقية لأحد المتعاقبين . ويعمل الإرادة الحقيقية
للمعاقب الآخر . وليس لعقد سيصره الإرادة "مرددة" في ذاته ، وإنما هو
أرادته لتوفيق ما بين الإرادة "مرددة" . كصالح متفدية والوصف . إلى غاية
مشروكة . ومن ثم يصدر بحسب قولهم أن الضرورة والاعتبارات الأخلاقية
تقتضى أن يتفرع المذهب بحسب ما هو من "أصله" . ذلك لمعنى "أصله" .
المعقد الآخر . يستحضره . وهو معنى "أصله" بحسب الأحاد . فعنده
يتلاقى كل من الإيجاب والقبول (١) .

المطلب الثانى

السبب حرره من التعبير عن الإرادة فى القانون الأسمى

ليس للسبب وجود مستقل عن التعبير

قدّم أن القانون الأسمى لا يعتد في الإرادة لا ، التعبير عنها . فالتعبير
عنده هو الإرادة ذاتها . ولكنه ، من جهة أخرى . يجوز استعماله حرية
في إصدار هذا التعبير على "أصله" . وهو الذى لدى يقدر أن فهمها
أن يصمم التعبير ما يريد أن من دوافع وواجبات . فصيح هذه جزم من التعبير
عن الإرادة . ويعتد به . فالتعبير الذى يعتد به التعبير . وعلى التقيد من ذلك
من شاء المتعاقبان أن يجرى هذا التعبير من سببه . فلهما أن يقتصر على تصميم

(١) أنظر في كل ذلك ما في التعبير عن الإرادة ص ٨٦ - فقرة ٨٨ وفترة ٩٢ .

لتعذر الالتزام في ذاته دون ركز لصدقه أو دوافع رايه ، فيمكن الالتزام
على هذا النحو التزاما مجردا .

ثم هناك سبب ، في التكوين الذاتي ، وجود مستقل عن التعبير
عاشاء لمردفان أن صدقه تعذر من سبب يصبح جزءا منه ، وماشاء أن
بغفلة يجب الصدقة من دوة لصدقه لا صدقه ، من ثم لا يوجد
القول الأدنى - كما وجد في قوانين الابنية - نظرية للسبب .

وهنا أيضا حدد قانون الألماني صروح رعيه الموصيه عيه ، تعذر
التميز بين ما سبب لا سبب خارج تعذر عن الإبراره ، من يجب
أن صدقه هذا التعبير ، ويثبت يكون سبب شئ هو صوحه لا ثم انفسيا
يستر التعامل .

مستورعيه اسبب في القانون الألماني

وإن كان سبب الذي صمم المعدودين تعبير سبب المعنى لصيق المعروف
في نظريه تقسيمية أو مدعى بمعنى باعث احوه هري في التعذر أو سببا بمعنى
باعث يوم يكن حوده ، وهو يجب أن يكون صدقه مشوع لأن
تعذر صممه يصبح جزءا منه كما قدم ، وذلك لأن يكون تعبير غير
منسروح وقد تمت له ١٣٨٥ من التقنين لدى الألماني على هذا الحكم
إذ يقول : ، يكون ، خلا كل تصرف قانوني يحل لأرب . .

على أن المقصود بالتعبر متى يتضمن سبب من هو تعبير المعنى
بصيق ، أن التعبير رايه بخصوصيات التعذرات التي ورد فيها ، أن التعبر بالمعنى
الواسع ، مقسم للصروح الخارجيه الى ثلاثه وتحيط به ، من مكاتبات
بين الطرفين ، وعلاقات سبقة ولاحقها فهما وما لهما في التعامل أحدهما
مع الآخر ، ونحو ذلك مما تقدم به .

[illegible]

عدم المتروكة في القانونه الامالى هو الاموال والآداب العامة

ما هي الواجب العامة :

وإذا قصر لقب الأمان على من عدمه المفعولية هو
الإحلال للأمان عنه (م. ١٠٠٠) ، ثم يذكر المفعول
الأساسية التي تقوم عليها الإجماع والسياسة ، وهي سبع
في هذا المصنف - المبردة أو روح الاشتراك ، وفي أي مدى تدخّل الدولة

على أنه يعني التغيير في الآداب العامة، وتعرف المواضع عليه،
(usages)، فاعلم أن المصطلح الآداب العامة دور في طرقه لغير المواضع
عليه فقد سمع من عن عرف فصح في المصطلح من مواضع من
على ذلك ستر في صميم المصطلح أن هذا هو قبيح وأنه يحل بالآداب
العامة ()

وعلى غير ذلك أن الآداب العامة هي "الجملة من العادات التي لا يتغير
على مدى الأزمان، والفهم من هذا المصطلح من حيث هو تعاليمه
الشعرية العامة"

تطبيقات مختلفة للتصرفات المختلفة بالآداب العامة في القانون

الإسلامي :

وفي هذه المصطلحات العامة من المصطلحات العامة والآداب
العامة من ذلك المصطلحات التي تحل عند عدم حوالا يعرف في حرية
الشخصية والآداب التي تمنع من مدقة المصطلحات والآداب العامة
وكذلك المصطلحات التي تمنع من عدم من عدم من الاحتكاك
والمصطلحات الحقيقية التي تمنع من عدم من عدم من عدم إلى تسقط
حق المؤمن من عدم من عقود المصطلحات ومن ذلك أيضا تصرف الشخص في
جسمه عندما لا أعراض ضيقه من عدم من عدم من عدم أحد تقابل نحو
إباحة هذا التصرف في المصطلحات المقدمة من حرية الزواج، وعند الوساطة
في الزواج وقد صدر في أمارة تشريع خاص بحرية

ومن أهم تطبيقات المصطلحات والآداب العامة ما أورده المذكرة
الثانية من المادة ١٢٨ من التقنين المدني الألماني في خصوص الاستغلال

وهي تنص على ما يأتي: «سكون» بطلاً، ومع خاص في تصرف قانوني
بشأن نحو أحد من دون حاجة منه إلى الآخر أو طائفة أو عدم تجربته
يحميه عن أن يحميه أو يحميه أو أن يكون له حق في تصرف آخر في مقدس
أو حق في تصرف آخر، مرفوعاً بأن قيمة ما يريد من قيمة هذا مقدس، بحيث تحصل
قيمة من تصرفات حرة في تصرفات أخرى (١).

ولاحظ أن حكم الاستبعاد المذكور لا ينافي مع ذلك عندنا
يجب توافرها: (الأول) عدم وجود أي وجه لأجل أن يدفع بين
القيمتين، قيمة ما أخذه أحد المتعاضدين، قيمة ما أعطى، وهذا هو العين
التي لا يمكن أن تكون من غير أن يكون من واحد، ويمكن
أن يكون من غير أن يكون من واحد، ولا يمكن أن يكون من واحد، ولا يمكن
أن يكون من واحد، عدم تجربته كالمعروف في الواقع من الأمر
مشوياً، ومطابقاً لما في الواقع، وفي هذا أحد ما يكون تصرفاً قالوا
لا طائل من وراء ذلك، ومن أجل أن لا يحصل لأحد من المتعاضدين، وعلى
أن يكون من ذلك، من وجهه الاستبعاد، فلهذا استعمالاً ويكون
تصرفاً، خلافاً لغيره، لأن القيمة، ولو لم يؤد الصلح على العقد الذي
سبقت حاجته أو طائفة أو عدم تجربته، في أن يكون أرادته مشوياً، يجب
أن لا يجب لاستعماله في الإرادة، كان تصرفاً من جهة قالوا
لأنه لا يجب القبول، وكان من جهة أخرى خلافاً بسبب الاستبعاد،
وإن حجج طبيعة الحال أن يكون تصرفاً، لا قالوا للأصل.

(١) وهو هو من مبادئ الفقه الإسلامي واسعة من حيث أن يكون من جهة أخرى:

Est nul, en particulier, un acte juridique par lequel quelqu'un, en exploitant le besoin, la légèreté d'esprit ou l'inexpérience d'un autre tire profit de la situation, en ce que celui-ci lui promet ou lui assure de toute autre façon, à lui ou à un tiers, pour une prestation par lui faite des avantages de valeur patrimoniale, qui excèdent la valeur de la prestation fournie, de telle façon qu'en tenant compte des circonstances, les avantages qui en forment l'équivalent soit par rapport à cette prestation dans une disproportion choquante.

(ثاني) عنصر ذاتي وهو الاستعلاء أحد المتعاقدين في المتعاقدين الآخر حاجته أو طلبه، عدم تحرره وهذا العنصر الذاتي هو العنصر احدى الاستعلاء، وهو الذي يحدد مصير تصرف فاقه من الأمان وفهمه ليس يحصل أن الاستعلاء من بالأدب "هـ" ومن ثم يكون تصرف طلاء أما القواين الأربعة التي تمت صفة الاستعلاء في - وهم لحيثيات المدونة لحرية التصرف والمدة في والمدة في فقه وقفت هي أيضا عند هذا المصير الذي استخلص منه أن الاستعلاء يحدث في الإرادة عينا قريب إلى أن يكون عينا أو مدونة أو أكرهه ومن ثم يكون تصرف طلاء للأصل في قانون الأمان عند إرادته العبد استعلاء الاستعلاء من جهة واعبه، إرادته بحده لأدب العدة، ومن ثم جعل التصرف "طلاء" القواين الأربعة قد تمت إرادته، قد الذي وقبوع عليه الاستعلاء واعتبره إرادته معه، ومن ثم جعلت تصرف قابلا للأبطال.

التصرف المبرر في القانون العلماني :

لإرادة، مجردة من الشكل ومن السبب معاً لا يمكن أن يسمى كقاعدة في قواين نأخذ بالإرادة الباطنة كالفواين العلمانية فإن لأحد، لإرادة لساطنة معناه أن تحرر الإرادة من عيوبها وأن تقتصر بسببها ولكن لأحد بالإرادة الظاهرة بحمل من السير أن يساعده ما بينها وبين الإرادة الباطنة، فتتجسد الإرادة الظاهرة من عيوب الإرادة الباطنة كما تتجرد من السبب الذي حرك هذه الإرادة، ولا يبقى في مجال العاملين إلا هذه الإرادة الظاهرة المجردة، وهذا ما يسمى بالتصرف المجرد (acte abstrait) وهناك فائدة كبيرة من تجريد الإرادة الظاهرة على هذا النحو . . .

التصرف بتصرف غير مدعى من مصلحة لأمن طريق عبث الإفادة والأمن
طريق عبث السبب. وكل ما يستطيع المدين أن يفعل هو أن يرجع بدعوى الإثراء
على دائئه. وهو عبث. كذلك قد يرجع المدعي. وفيه مرد ما يرجع إذا كان
قد روى. وهذا من الدائر في حلول حقه في الغير. وفي هذا الغير لا يحتج عليه
بشيء من ذلك. بل يستخلص الحق من المدين. ويثبت عند ذلك أن يرجع
على الدائن بما دفعه في الغير. ومن ثم يكون التصرف الحق إذا ما قوبله من أدوات
الائتمان. شئت حاجة المدعي بها كماله اشتمت الحاجة إلى الاستقرار. وإذا
كان المدعي بقائه عاملاً عاملاً عاملاً احترام الإرادة وعامل الاستقرار
فإن التصرف المستحب يستحب به من الأول. ويستحب "التصرف المجرد
للمدعي" من حيث استلكت الشك في العقود وبت. مدعي الرضاة.
بصرف عام. لأنه على عام الاستقرار. وهو مستحب عام الاستقرار أن
يسرد ما قد لا يصور "التصرف المجرد" وقد يصور على الإرادة كما رأينا
ومن هذا كل تصور. فعدد من تصرف شكلي في تصرف. صافي. ثم من
بصرف. صافي في تصرف مجر. نظراً لعدم فيه عاملاً الاستقرار
والإرادة على مراحل متتالية. كل "تصرف" في كل مرحلة منه. لأحد العام
على الآخر. ومن هذا نص. كل "تصرف" المجرد. هو تصرف شكلي
الموجب. فلاهما يستجيب لعدم الاستقرار. ولكن "التصرف" شكلي يستجيب
لله في جمعية مدعية. ويستجيب إليه التصرف المجرد في جمعية منهضه.

على أن التصرف المجرد على شدة الحاجة إليه في استقرار التعامل
وبخاصة إذا تقدمت التجارة. وشملت سبلها وظهرت الحاجة إلى أدوات
ائتمان ثابتة. لم تظهر من القوابل للإنسان. وهي التي تأخذ بالإرادة الباطنة.
ألا يمكن صيق محدود. وعلى الفحص من ذلك. تظهر التصرف المجرد في
القوابل الخمرية. وهي التي تأخذ بالإرادة الظاهرة. يمكن رحب سما فيه
إلى مرتبة القاعده. ولا غرامة في ذلك. فقد يبا أن التصرف المجرد يتمشى

مع الإرادة الطاهرة التي تأخذ بها القوانين الجرمانية ، ويتعارض مع الإرادة الباطنة التي تأخذ بها القوانين اللاتينية .

وفي القانون الألماني نوعان من التصرفات :

١ — التصرفات المسبة ، وهي أغلب التصرفات المدنية . وفيها السب
ركب يجب أن يكون صحيحاً مشروعاً . ولا يباد بالسب لها الباعث الذي يتصفه
لتعير عن الإرادة على النحو الذي نسطاه فيما تقدم . وإنما للسب معنى
خاص ، يقرب من المعنى المعروف في الطريقة التقليدية . ولتحديد هذا المعنى
بدأ الألمان تعريب ما يسمونه ، بالإضافة إلى أندهم ، وهي عبارة عن
مفعة مالية أو إثراء ينحقق لصالح شخص بموجب عمل إرادي مشروع
— تصرف قانوني أو عمل مادي — تصدر من المفقتر . وسب الإضافة إلى
الذمة هو عبارة عن العرض المباشر الذي يرمى إلى تحقيقه المضيف للذمة .
ويحدد هذا السب ، وفقاً لفقه الألمان ، على أساس تقسيم ثلاثي للسب
موروث من دعاوى لإثراء في القانون الروماني . يكون السب بمقتضاه
الوفاء أو الإيداع أو التبرع . ومع كل من الوفاء والتبرع معروض ، أما
الإيداع فهي التصرف بمقابل . وهذا المقابل إما أن يكون موضوعه إترداد
ما أعطاه المضيف أو إترداد قيمته كما في العرض ، وإما أن يكون موضوعه
شيئاً آخر يحدد بالاضاف كما في العهد المبرم لمجانين فالبايع يحصل على دين
اشترى في مقابل الترامه بنقل ملكية المبيع . فإذا كان الصرف مساً ، وجب
أن يكون له سب مشروع هو الوفاء أو الإيداع أو التبرع على النحو الذي
أستفاه ، وهذا يقرب كثيراً من النظرية التقليدية في القوانين لاسية . أما
لباعث فلا يعتد به ، كما قدمنا ، إلا إذا تصفه لتعير عن الإرادة .

٢ — التصرفات المجردة ، وهي صنفان : عقود انتقال الملكية وا عقود
المجردة المنشئة للإلزام . فالطائفة الأولى تتمثل بها الملكية دون اعتبار
لسب . ذلك أن الملكية في القانون الألماني لا تسفل بمجرد شوء ، لا لإلزام

سقطها ، بل لابد من تنفيذ هذا الإلتزام بطريق عقد آخر هو عقد إنتقال الملكية ، فيذهب المتعاقدان إلى المكتب العقارى ، ويعلنان إتفاقيهما ، ويسجلان هذا الإيفاق فى السجل العقارى . فتنتقل الملكية ، سواء كان العقد المئشئ للإلتزام نفعيا صحيحاً أو معيياً . وإذا انصح بعد ذلك أن العقد كان معيياً ، وأن الملكية إنتقلت دون سب ، فليس لمن حرج عنها إلا الرجوع بدعوى شخصية على من تلقاها هى دعوى الإثراء بلا سب ، وبذلك يتوافر لعقد إنتقال الملكية مربة الإستقرار والنات . فما على الغير حتى يثبت أنه يتعامل مع مالك العقار إلا أن يرجع إلى السجل العقارى ، من كان اسمه مسجلا فيه كان هو المالك . ولو كان فى ذلك تصحية للمالك الحقيقي . والطائفة الأخرى من التصرفات المنردة عقود مشئنة للإلتزام وتشمل :

أولاً : حالات معينة ، ودوائها ، مخصوصاً بأياها . وهى — عدا الأوراق التجارية والسندات — حوالة الحق وحوالة الدين والتنازل عن الحق الشخصى والأنابة فى الوفاء . وفى هذه الحالات يكون العقد مجرداً على النحو الذى رأيناه فى عقود انتقال الملكية . ويتم نقل الحق أو الدين ، ويتحقق التنازل عن الحق الشخصى ، دون اعتبار للسب فى هذه الحوالة أو فى هذا التنازل . فإذا تبين أن السب غير موجود أو غير مشروع فليس ثمة إلا الرجوع بدعوى الإثراء . كذلك التزام المداين بالتب عليه بالوفاء التام بمجرد عن السب . فلا يستطيع المداين أن يحتج على المداين لديه بما كان له أن يحتج به من دفع ضد المنيب^(١) .

ثانياً : التعهد بمجرد الوفاء والاعتراف بالمجرد بالدين ، وهما صورتان العامتان للتصرف المجرد . فيضع التقيين المدينى الألمانى هنا قاعدة عامة

(١) أنظر : التقيين الألمانى المدينين ٣٩٨ و ٤١٣ لحوالة الحق ، والمسوود ٤١٤ وما بعدها لحوالة الدين والمادة ٣٩٧ للتنازل عن الحق الشخصى ، والمادة ٧٨٤ لأنابة فى الوفاء .

لتصرف المجرّد . ويجوز أن يتفق الدائن مع مدينه على أن يكون التزام المدين أو اعتراؤه بالمدين مجرداً فيوجد الالتزام في ذمته مفصلاً عن السبب — سواء كان هذا السبب هو الوفاء أو الإدانة أو التبرع — ويقوم الالتزام حتى لو كان السبب غير موجود . وليس للمدين إلا دعوى الإثراء بلا سبب إزاء الدائن إذا تبين أن التزامه لم يكن مبنياً على سبب صحيح ، فينتخلص بذلك من الالتزام إذا لم يكن قد وفاء . أو يسرد مادته إذا كان قد وفى في الالتزام . وقد اشترطت المادة ٧٨٠ من التقنين المدني الألماني في الالتزام المجرّد أن يكون في ورقة مكتوبة ، إلا إذا كان هذا الالتزام نصه لحساب أو مستنداً إلى صلح ، فلا تشترط الكتابة .

أما القوانين اللاتينية — وهي مشعمة سطره السبب — فلا تسم « تصرف المجرّد » ، أو هي على الأقل لا تصح له قاعدة عامة كما عهدت التقنيات الحرفية . فالالتزام في القوانين اللاتينية هو التزام مسبب . على أن هذه القوانين تقر الالتزام المجرّد في حالات معينة مخصوص عليها . وهي حالات قديمة العدد . وقد نص التقنين التجاري — حيث تشد الحاجة للالتزام المجرّد لاستقرار التعامل وسرعته — على عدد منها . هي الكيالات والسندات تحت الإيداع والسندات لحاملها . أما التقنين المدني فقد نص على حالتين : التزام المدين في الوفاء نحو المدين لديه والزام الكفيل نحو الدائن . فنصت المادة ٣٦١ من التقنين المدني المصري على أن « يكون التزام المدين قبل المدين لديه صحيحاً ولو كان التزامه قبل المدين باطلاً أو كان هذا الالتزام خالصاً لدفع من الدهوع ، ولا يبقى للسبب إلا حق الرجوع على المدين ، كل هذا ما لم يوجد اتفاق بقضى بغيره » . أما في الكفالة ، فللكفيل أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين (م ٧٨٢ مصري) ، ولكن التزام الكفيل نحو الدائن هو مع ذلك التزام مجرد لا يتأثر بالعلاقة ما بين الكفيل والمدين ، ولا يجوز للكفيل أن يتمسك ضد الدائن بالدهوع التي له أن يتمسك بها

حند المدين . فإذا كفل الكفيل المدين في نظير أن يوفى المدين ديناً آخر عليه مضموناً رهن يتقل عقار الكفيل ، ولم يوف المدين بهذا الدين الآخر ، فإن الترام الكفيل نحو الدائن يبقى قائماً ، ولا يجوز لكفيل أن يدفع دعوى الدائن بأن المدين لم يوف بما تعهد به من تخليص عقار الكفيل من الرهن .

ويتبين مما قدمناه أن التقيد المدنى المصرى — والتقييدات المدنية العربية الأخرى — قد انحازت إلى القواعد اللاتينية ، واشترطت في التصرفات أن تكون مسببة ، ولم تسلم بالصرف المحرد إلا في حالات معينة بدوائها .

الفرع الثانى

نظرية السبب

فى الفقه الإسلامى

تمهيد

عاملاً من عناصره بفنازه الفقه الإسلامى تجاه نظرية السبب :

الفقه الإسلامى — تجاه نظرية السبب — يتنازع عاملان متعارضان :

(١) فهو أولاً فقه ذو نزعة موضوعية بارزة ، يعتد بالتعبير عن الإرادة دون الإرادة ذاتها ، أى يأخذ بمذهب الإرادة الطاهرة لا بمذهب الإرادة الباطنة ، وهو أقرب بكثير من هذه الناحية إلى الفقه الجرماني منه إلى الفقه اللاتينى . ونحن نعرف أن لفقه دا النزعة الموضوعية كالفقه الجرماني يكون أكثر استعصاء على نظرية السبب من الفقه ذى النزعة الذاتية كالفقه اللاتينى . ومن ثم تستعصى النزعة الموضوعية للفقه الإسلامى على نظرية السبب ، وكان ينبغى ألا تترك هذه النظرية محالاً فسيحاً ، أو فى القليل كأن ينبغى أن تضمر نظرية سبب فى الفقه الإسلامى كما صمرت فى الفقه الجرماني . ولا تدهر فيه كما ازدهرت فى الفقه اللاتينى .

(٢) ولكن الفقه الإسلامى ، من جهة أخرى ، فقه تعلم فيه العوامل الأدبية والخلقية والدينية ، وهذا يقتضى أن يعتد فيه بالبائع الذى تقاس به شرف الوايا وطهارتها . فكان ينبغى — على النقيض من الاعتبار الأول — أن يكون لنظرية السبب ، وهى نظرية حلقية فى المقام الأول ، مكان ملحوظ بضاهى مكانها فى الفقه اللاتينى .

المختلف مذاهب الفقه الاسلامي في نظرية السب :

ويين هذين العاملين المتعارضين يتراوح الفقه الاسلامي . ففي بعض مذهب نرى نظرية السب تخفى تحت ستار من صيغة العقد والتعير عن الارادة ، ويختلط السب بالمحل ، فلا يعتد بالسب اى بالباعث على التعاقد الا حيث يتضمنه التعير عن الارادة ، فان لم يتضمنه التعير لم يعتد به ، وقد رأينا ذلك من قبل في الفقه الاملاى (١) وفي مذهب أخرى تغلب العوامل

١ على انه يمكن افعال بوجه عام ان السب في الفقه الاسلامي يقوم بدور هام في تكيف العقد . فقد يذكر المفاوضان بعد ان يكون بينهما عقد انصرف الى عقد آخر ، ولم يرد بما انصرف اليه اسبه . فانكذله بشرط براءة الاصيل حواله . والحواله بشرط عدم براءة المحلل كعاقبه ، وبشرط ربح المال للمصارب كل الربح كان المال فرسا ، ولو شرط برب امس كان حسابه . . . والمقصود على سوم اسراء مضمون لا المقنوس على سوم اسير . الاسناد والسبق لاس حتم من ١١٠ - من ١١١ - فتح القدير ٥ من ٤٠٣ . ورواج المحلل بطن . تصرف المريض مرض الموت يعطى حكم الوصية . وسع الصية رب امسى ٤ من ١٧١ - من ١١٧٥ . واسير الواقعات لسياطي ٢ من ٢٠٦ - من ٢٢٧ ووجه في الاشياء والنفائز بسببوطي . من ١١١ - من ١١٢ . " هـ المرة يصنع انعقد او بمعانيها . خلاف . والرخخ مختلف . ومنها اذا قال اشترى منك بوا صفة كذا بهذه الدراهم فعنك ، فخرج اسسحر انه انعقد ببيع اعتبارا باللفظ الذي ، ورجحه اسسكي سلما اعتبارا بالمعنى . . . ومنها اذا قال لي عنه اندس وهنه منك ، ففي اشراط اقول ووجهان ففسس بعا ، وفي انعقده هه بولا . تعارض اللفظ والمعنى . ومنها اذا قال منك ولم يذكر بعا ، في راعيا المعنى انعقده هه او اللفظ فهو بيع فاسد . . . ومنها اذا قال لي عنه اندس وهنه منك ، ففي اشراط القول ووجهان احدهما بشرط اعتبارا بلفظ انه ، والذي لا اعتبارا بمعنى الاراء وسجحه الرافعي في كتاب الصداق . . . ومنها لو ساع السبع نذاع من قصه قبل المعنى الاول ، فهو اعانه بلفظ السبع ذكره صاحب السبع وخرجه اسسكي على القاعدة ، ثم راسد المحرر بلفظ السبع . قال ان اشترى اللغد م صح وان اعتبرنا المعنى فاقوله . . . ومنها لو عقد الاحاره بلفظ اسبع فعان منك مفعه هذا الدار شهرا ، فالاصح لا انعقد بظرا الى اسبع ، وقيل انعقد بظرا الى المعنى . . . ومنها اذا وقع مني قبسة غير منحصرة كبي تميم او اصلهم ، فالاصح الصحة اعتبارا بالمعنى ويكون المقصود الجهة لا الاستعاب كالقراء والسباكين ، واساسي لا يصح اعتبارا باللفظ فانه تمسك لمجهول . . وجاه في اعلام الموقعين لاس القيم ، جزء ٢ من ١٠٦ - من ١٠٧ . " الحكم يصنع انعقد . . ان قصد بها مالا يحوز قصده ، كالتكلم بكلمة

الأدبية والخلقية والأدبية ، فيعتد بالباعث ولو لم يتصمه التعبير عن الإرادة أى ولو لم يذكر في العقد ، ويكون العقد صحيحا أو باطلا بما إذا كان هذا الباعث مشروعا أو غير مشروع ، وقد رأينا ذلك من قبل في الفقه اللاتيني (١).

وبروح بعصد التحليل وبعت واشترى بعصد الربا . . . وما أشبه ذلك بهذا لا يحصل له مقصوده الذى قصده وحصل ظهر انقضاء الفعل وسببه أنه ، فإن في تحصيل مقصوده تمعنا للمحرم واسقاط الواجب وإعانة على معصية الله ومباغضة دينه وشرعه ، فأعانه على ذلك أعانه على الأثم والعُدوان ولا فرق بين إعانه على ذلك بالطريق الذى وصف مقصده اليه وبين إعانه على ذلك بالطريق الذى وصف مقصده الى غيره ، فبعضود إذا كان واحدا لم يكن اختلاف الطرق الموصلة أنه مباح لاختلاف حكمه فمحرم من طريق ويحل بعينه من طريق أخرى .

١ على أن هناك موصفا في الفقه الإسلامى يلحق فيها الفكرة التى يقوم عليها النظرية التقليدية في أساس في الفقه الإسلامى . من ذلك ما جاء في الشائع حرره ٥ ص ٢٨٥ : " كل المبيع بغير معانئ يكن الثمن ، وكل اسم معانئ بكل المبيع . فإثر إزاده في المبيع أو في الثمن ، لو صحب مباحا ومباحا بغيره ، فكان فصل مان جان عن العوض في عدم مبادرته ، وهذا تفسير الربا " . كذلك سئل أن يعد إذا كان السبب معلوط ، فهو طئ شخص وجوب أسفقه عليه لمن سيجفها فأنسرها ، كإسراها للزوج أو لغيره مثلا أو الرام إحدنقه أو لاد أنه مع وجود أسهم المورس ، فالإسرام باطن ولا يلزم الملتزم سبي . ويعتله أن الإسرام سبي على سبب معلوط . فكان لذلك باطلا . ومن مله السبب المعلوط أيضا ما لو ادعى أحد داراى بغيره آخر ، فصالحه هذا على بدل من المال وسلمه اليه ، ثم رهن المدعى عليه أنه كان أشترى الدار من المدعى قبل أنصلح ، فيها سئل أنصلح ، يجب على المدعى رد السبدن إسراره ٣ ص ٢٢ بهامش الهديده ١ . ويعتيل ذلك أن أنصلح سبي على سبب معلوط ، فسئل بظهور حقيقة الأمر ، الدكتور صبحى المحمضانى في النظرية العامة للموحدات والعقود في أسريعه الإسلاميه ص ٩٨ - ص ٩٩ . وجاء أيضا في نفس المرجع " على أن أنصحاء يستحصون أحيانا السبب في أنصحاء على أنه شيء موضوعى داخل انعقد لا يفسد ، أمرت ما يكون أى السبب في أسريعه أسقليديه . انعقد الرواج سبه السائل والمكرمة والمودة ، الفروق ٢ شرة ١٧١ . والهة سبها إرادته الخير للواهب . والوقف سبه إرادته محبوب النفس ، أسد المختار ٢ ص ٤٧١ د ص ١٤٩ - وباقصود من أسع ونحوه أنها هو انتفاع كل واحد من المتعاضين بما عسر اليه ، فإذا كان مديم المنفعة أو محرما به تحصل مقصوده فيسئل عقد المعاوضة عليه (العقود ٢ ص ٢٣٨ الدكتور صبحى المحمضانى في أسطرة العامة للموحدات والعقود في الشريعة الإسلامية ص ٩٢) .

مضمون نظرية السبب في المذهبين الحنفي والشافعي وظهورها في

المذهبين المالكي والحنبلي :

فنظرية السبب في الفقه الإسلامي يختلف أذن حظها في المذاهب المختلفة. فهي ضامرة محدودة، كما هو شأنها في الفقه الحراني. في المذهبين الحنفي والشافعي، وذلك مطاوعة للترعة الموضوعية البارزة في الفقه الإسلامي. وهي زاهرة يانعة، كما هو شأنها في الفقه اللاتيني، في المذهبين المالكي والحنبلي، وذلك تمثيلاً مع العوامل الأدبية والخلقية والدينية التي لها العلة في الفقه الإسلامي. فنستعرض إذن في مبحثين متعاقبين: (١) نظرية السبب في الفقه الحنفي وفقه الشافعي، (٢) هذه النظرية في الفقه المالكي والفقه الحنبلي.

المبحث الأول

نظرية السبب في الفقه الحنفي وفقه الشافعي

مبدأه جوهرية :

لم يصع الفقه الإسلامي، في أي مذهب من مذاهبه، نظرية عامة في السبب. وهو في ذلك إنما يتمشى مع صناعته المألوفة، لا يصوغ نظريات عامة، بل يورد من التطبيقات التفصيلية ما يمكن معه، عن طريق التحليل ثم عن طريق التأصيل، استخلاص هذه النظرية.

وباستقراء هذه التطبيقات التفصيلية يمكن أن نستخلص مبدأين جوهرين: (أولاً) السبب، وإن كان أمراً ذاتياً، إلا أنه يجب أن يكون داخلاً في صيغة العقد يتضمنه التعبير عن الإرادة، على النحو الذي رأيناه في الفقه الألماني.

(ثانيا) مشروعية السب ليست بالأمر الثابت في جميع الأحوال .
هناك حالات تختلف فيها الأنظار في هذه المشروعية، بل هناك حالات تطورت
فيها فكرة المشروعية ، فإكان غير مشروع من قبل أصبح الآن مشروعاً .
وما كان مشروعاً أصبح غير مشروع .
ونبحث كلا من هذين المبدأين .

المطلب الأول

السب يجب أن يكون داخل في صيغة العقد يتضمنه التعبير عن الإرادة
المبدأ العام بتفصيل :

السب بمعنى الباطل لا يبحث عنه خارج العقد . بل يجب أن يكون
موجوداً في صيغة العقد ذاتها ، داخل في دائرة التعاقد . فلا بد أن يتضمنه
التعبير عن الإرادة . إذ هو جزء من هذا التعبير لا ينفصل عنه ، وذلك
لا يعتد بالبائع إذا لم يتضمنه صيغة العقد أو التعبير عن الإرادة .

ويجب إذن الوقوف عند الإرادة الظاهرة وما نصمته من بواعث
ودوافع . ولا يجوز أن تجاوز هذه الإرادة الظاهرة لبحث في النوايا الخفية .
فإذا كانت الإرادة الظاهرة لا تتضمن ما عدا غير مشروع . فالعقد صحيح ،
ويجوز بحكم الظاهر دون بحث عن النية . وفي كتاب الآم لشماعى عبارة قوية
في هذا المعنى إذ يقول (الآم جزء ٣ ص ٦٥) :

« أصل ما أذهب إليه أن كل عقد كان صحيحاً في الظاهر لم أبطله تنهية
ولا بعبادة بين المتبايعين وأجزته صحة الظاهر ، وأكره لمي النية إذا
كانت النية لو أظهرت كانت تصد البيع . وكما أكره للرجل أن يشتري
السيف على أن يقتل به ، ولا يحرم على بائعه أن يبيعه لمن يراه أنه يقتل به

طلباً ، لأنه قد لا يقض به ، ولا أقصد عليه هذا البيع . وكما أكره للرجل أن يبيع العبد عن يراه أنه يعصره حرّاً . ولا أقصد عليه لبيع إذا دأعه إياه ، لأنه دأعه حلالاً ، وقد يمكن ألا يجعله حرّاً أبداً ، وفي صاحب السيف ألا يقتل به أحداً أبداً . ولو سكح رجل امرأة عقداً صحيحاً وهو ينوى ألا يمسكها إلا يوماً أو أقل أو أكثر ، فإقصد الكاح ، وإني أقصد أبداً بالعقد انقاسد .

فالمبدأ العام يكون إذن من شقين :

(أولاً) يعتد بالسب أى الباعث إذا تضمنته صيغة لعقد أو التعبير عن الإرادة .

(ثانياً) لا يعتد بالسب أى الباعث إذا لم تضمنه صيغة العقد .

فستعرض النقطتين التفصيلية لهذا المبدأ العام في كل من شقيه ، في المذهب الحنفي والمذاهب الأخرى ، وبخاصة في المذهب الحنفي حيث سكثر النصوص .

١٤ — يعتد بالسب إذا تضمنته صيغة العقد

كيفية تضمن صيغة العقد السبب أى الباعث

أظهر ما تضمن صيغة العقد السبب هو أن يذكر السب صراحة في صيغة العقد ، فيكتفى بتعاقدان بيان واضح عن الباعث ابدافع لها على التعاقد . فإن كان هذا الباعث مشروعاً فالحق صحيح ، وإن كان غير مشروع فالحق باطل . وسكن ليس من الضروري أن يكون ذكر السب صريحاً في صيغة العقد ، بل يجوز أن يذكر السب ضمناً ويستخلص عادة من طبيعة المحل ، فإذا كانت طبيعة المحل استدلت منها أن السب الذى دفع إلى التعاقد غير مشروع ، فالحق باطل ، وهذا يستدل على ليس والمحل وقد يتم السب عن المحل ، فيكون المحل مشروعاً ولكن السب غير مشروع .

فستعرض بعض النصوص في كل من هذه الأحوال الثلاث .

الحالة الأولى — السبب المذكور صراحة في صيغة العقد :

حاشاء في الدائع (جزء ٤ ص ١٩٠) .

« ولا تجوز إجارة الإمام للربا ، لأنها إجارة على المعصية . وقيل فيه
 من قوله تعالى . ولا تكرر هو أفعالكم على الإمام إن أردت تحصلاً لتتقوا
 عرص الحياة الدنيا . وروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن
 مهر ابني وهو أجزأه عن إرباءه . وواضح من هذا النص أن صيغة
 العقد قد تضمنت صراحة الدافع عن الإجارة وهو سبب غير مشروع ،
 ومن ثم كان عقد الإجارة باطلاً .

وحاشاء في الدائع أيضاً (جزء ٥ ص ١٦٩)

« وواضح من قوله ، أو طير أعلى أنه يحى من مكان
 بعيد ، أو كشأ على أنه يتاح ، أو ذكاً عن أمه مقرب ، فالبيع فاسد عند
 أو حبيفة رحمه الله ، وهو أحدى ما روينا عن محمد رحمه الله . . . لأن هذه
 صفات يلحق بها عادة ، والبيع محظور ، فكان هذا شرطاً محظوراً ، فيوجب
 فساد البيع . . ولو اشترى حاربه على أنها معية على سبعين أربعة فيها ، فالبيع
 فاسد ، لأن التعية صفة محظورة لكونها لحوماً ، فشرطها في البيع يجب
 فسادها . ولو اشترى حاربه على أنها معية على وجه ، فظاهر العيب ، فساد البيع ،
 لأن هذا بيع بشرط البراءة عن هذا العيب ، فصار كالمواعدة بشرط البراءة
 عن عيب آخر ، فإن وجدته لا تعد إيجاباً له ، لأن الغناء في الحوائج عيب
 فصار كالمواعدة على أنه معيب فوجدته سبباً . . وهذا يرى في وضح كيف
 أن الشيء الواحد قد يكون باعاً غير مشروع ، وقد يكون شرطاً مشروعاً ،
 بغائية المتعاقدين . في المال المتقدم يشتري الحاربه على أنها معية ، وقد
 ورد ذكر الباعث صراحة في صيغة العقد على هذا النحو . فإن كان العرض
 من ذكره أن المشتري يكشف عن غرضه من أنه يريد الحاربه معية للتلهي
 . . فإن هذا الباعث غير مشروع ، ويكون العقد فاسداً . أما إذا كان

العرض هو القيص من ذلك ، فإن الجارية معية وهذا في نظر المتعاقدين عيب فيها ، فأراد البائع أن يبرأ من هذا العيب فاشترط البراءة على المشتري قبل ، فإن الباعث على التعاقد ها لا يكون غير مشروع ، ويكون العقد صحيحا . والفرق بين هاتين الصورتين يظهر فيما إذا انكشف بعد البيع أن الجارية غير معية . هي الصورة الأولى يكون قد مات على المشتري غرضه ، والعقد على كل حال فاسد من الأصل . أما في الصورة الثانية فانكشف أن الجارية غير معية معاه أنها سليمة من العيب الذي شرط البائع البراءة منه ، والعقد صحيح منذ البداية كما قدمنا ، ويبقى صحيحا لأن المشتري قد اشترى شيئا على أنه معيب فظهر سليما ، وهذا من شأنه أن يؤكد صحة العقد .

وجاء في اريلمى (جز ٥٠ ص ١٢٥) : « ولا يجوز (الاستئجار) على الفناء والوحد والملاهي ، لأن المعصية لا يتصور استحقاقها بالعقد ، فلا يجب عليه الأجر من غير أن يستحق هو على الأجر شيئا ، إدا المبادلة لا تكون إلا باستحقاق كل واحد منهما على الآخر . ولو استحق عليه المعصية لكان ذلك مضافا إلى الشارع من حيث أنه شرع عقدا موجبا للمعصية تعالى الله عن ذلك علوا كبيرا . ولأن الأخير والمستأجر مشتركان في منفعة ذلك في الدنيا فتكون الأجرة على محل هو فيه شريك ، ذكره في النهاية معزيا إلى الدخيرة . وإن أعطاه الأجر وقبضه ، لا يحل له ويجب عليه رده إلى صاحبه . وفي المحيط في كتاب الاستحسان إذا أخذ المال من غير شرط يباح . لأنه أعطاه المال عن طوع من غير عقد . »

وجاء في الفتاوى الخاتمة (جزء ٣٧٢ ص ٣٧٢ وما بعدها) : « وجن استأجر حلا لينزيه ، لا يجوز ذلك ولا جريه . وكذا البائنة والمعنية . . . وإن استأجر المسلم ذميا لبيع له حمرأ أو ميتا أو دما لا يجوز . . . ولو استأجر رجلا لينحت له أصناما أو ليزحف له بيتا ما لتماثيل فلا أجر له ، كما لو استأجر بائنة أو معنية . »

الحالة الثانية - السبب مستعمل من طيبة المحل :

وقد يكون السبب ، كما قدمنا ، مذكوراً صراحة في صيغة العقد ، بأن يكون مستخلصاً من طيبة المحل . فيعتد به لأن المتعاقدين قد كشفوا ضمناً عن الباعث لهما على التعاقد . ويورد في هذا المعنى الصووص الآتية :

جاء في الدائع (حرمة ص ١٤٣) : « وأما المفرد من أي حبيفة رضى الله عنه روايتان . وجه رواية عدم الجواز أنه غير متفنع به شرعاً ، فلا يكون مالا كالتخيير . وجه رواية الجواز أنه إن لم يكن متفنعاً به بذاته ، يمكن الانتفاع بحلده . والصحيح هو الأول ، لأنه لا يشتري للانتفاع بحلده عادة ، بل للهو به ، وهو حرام ، فكان هذا بيع احرام للحرام ، وإنه لا يجوز . » فهذا قد استخلص الباعث عن التعاقد من طيبة المحل . فالمفرد لا يشتري للانتفاع بحلده عادة ، بل للهو به ، فكان هذا بيع الحرام للحرام .

وجاء في الدائع أيضاً (حرمة ص ١٤٤) : « ويحرم من آلات الملاهي من البرط والطن والرمال والدف ونحو ذلك عند أي حبيفة ، لكنه يكره . وعند أبي يوسف ومحمد لا يعتقد بيع هذه الاشياء . لانها آلات معدة للسبى بهام وضوعة للفسق والفساد ، فلا تكون أموالاً ، فلا يجوز بيعها . ولأن حبيفة رحمه الله أنه يمكن الانتفاع بها من جهة أخرى بأن تجعل طرطراً لاشياء ونحو ذلك من المصالح ، فلا تخرج عن كونها أموالاً ، وقولهما أنها آلات للسبى والفسق ، قلنا نعم لكن هذا لا يوجب سقوط ماليتها كالتغيات والقنابيدن العاسق وحياته وماله ، وهذا لانها كما تصلح للسبى تصلح لميره . (فقت) على مآلتها بجهة إطلاق الانتفاع بها لا بجهة الحرمة . ولو كسرهما إرسال صم عند أي حبيفة رحمه الله ، وعندهما لا يصح . وعلى هذا الخلاف بيع الزرد والشرطنج . والصحيح قول أبي حبيفة رضى الله عنه ، لأن كل واحد منهما متفنع به شرعاً من وجه آخر بأن يجعل صنحات الميزان . فكان مالا من هذا الوجه ، فكان محلاً لبيع مضموناً بالانلاف فيها احتف

الإمام مع صاحبه ، ولكمهم لم يحتلوا ، فيما رى ، في المبدأ الاساسى الذى يحس بصدده من أن الباعث إذا تصبته صيغة العقد اعتد به . بل هم متفقون في ذلك . ولكن الصالحين قد ذهبوا إلى أن آلات الملاهى من البرط والطل والمرمار : ندى والرد والشطر هى آلات معدة ، بطبيعتها للتلهى موضوعة بنسق والفساد ، فاستخلصوا ذلك من طبيعة المحل الباعث على التعاقد . بل هما ذهبا إلى أبعد من ذلك ، فخطا السبب بالمحل ، وأنكرا على هذه الآلات أن تكون أموالا ، فلا يجوز بيعها . وحرصوا أوجبه عن التغير ما بين السبب والمحل . فالآلات الملاهى عنده أموال لم تفسد ما لنها مجرد أنها تصلح لتلهى . وكما تصلح لتلهى تصلح لغيره . فقد يحسن طرورها لاشياء كما قد يجعل الفرد والشطر نجسجات لغيره . فلما بيعت هذه الاشياء ولم يذكر صراحة في صيغة العقد الباعث على بيعها . ولم يمكن استخلاص هذا الباعث من طبيعة المال لما قدمه من أنه يصلح للأغراض غير المشروعة وللأغراض المشروعة . فقد اعتبر أوجبه الباعث غير متضمن في صيغة العقد لاصراحة ولا صمد . فلم يعتد به وصح العقد . فالمبدأ إذن متفق عليه بين الإمام وصاحبه ، وبما الخلاف في التطبيق . على أنها رى أن الصالحين قد استصحبوا ماؤف من طبيعة الاشياء . ولا نزاعا قد تجوز إذا اعتبروا أن آلات الملاهى أشياء موضوعة لتلهى في أصلها . وأما استعمالها في حالات قذبة طرورها أو صججات فهذا مآدر ، والنادر لاحكم . وحكم هذه الاشياء هو حكم الفرد قد يتمتع بمجده ، ولكم في الاصل إنما يتمتع به للتلهى ، ولذا كان بيعه غير جائز في الرواية التى صححت عن أبي حنيفة نفسه فيما قدمناه .

الحالة الثالثة — تميز السبب عن المحل :

وقد يكون المحل مشروعا في ذاته ، ولكن السبب يكون غير مشروع . فيتميز السبب عن المحل . وإذا كان السبب ظاهرا في صيغة العقد ، فإنه يعتد به ، ويكون العقد باطلا لعدم مشروعية السبب . وأظهر تطبيق ذلك هو

التعاقد على أن يؤجر شخص على القيام بواجب ، فالقيام بواجب محل مشروع والأجرة في ذاتها أمر مشروع ، ولكن الإجارة على أمر مشروع سببها غير مشروع إذ لا أجر على واجب . ويورد بعض النصوص في هذا المعنى :

جاء في جامع الصواعق (جزء أول ص ٢٤٨) : « الإجارة على عمل بحسب عليه لم تجز » .

وجاء في القدوري (ص ٩٦) : « من استأجرها وهي وحته أو معتدته لترصع ولدها ، لم يجز ، لأن الإرضاع مستحق عليها دبا » .

وجاء في الريلى (جزء ٣ ص ٦٢ - ص ٦٣) تفصيل لذلك فيما يأتي : « ولا يجز أمه لترصع ، أي لا يجز أم لصغير على إرضاع ولدها لما ذكرنا أن الفقة على الآب . والإرضاع يفقه له مكان على الآب . . . وذكر الخصاف أن الآب إذا لم يكن له مال ولا للولد مال تجز عليه ، وتعمل الأجرة دبا عليه كما في يفقه ، ويحمل هذا القول على ما إذا طلقها وانقضت عدتها . قال رحمه الله : لا أمه لو مكوحت أو معتدة . أي لا يجز استئجار أم الصبي إذا كانت تحت أو في عدته . لأن الإرضاع مستحق عليها ديانة . قال الله تعالى والوالدات يرصعن أولادهن الآيه ، وهو أمر بصعته الحرة وهو أكد ، فلا يجز أحد الآخر عليه . ولهذا لا يجز أن تأخذ الأجرة على خدمة البيت من الكس وغيره . وأما لا تجز عليه لاحتمال عجزها فعذرت ، فإذا أقدمت عليه ظهرت قدرتها فلا تعدر . . . ولو استأجر مكوحتة لترصع ولده من غيرها ، جاز لأنه لم يجب عليها إرضاعه . » فيها الإرضاع مستحق ديانة — أي واجب — على الروحة والمعتدة . فالإفاق معها على أجر لذلك هو أجر على واجب ، وهذا لا يجز .

وجاء في الفتاوى الحنابلة (جزء ٢ ص ٣٢٢ وما بعدها) : « أمير العسكر إذا قال لمسلم أو دمي إن قتلت ذلك الفارس ملك مائة درهم ، فقتله ، لا شيء له ، لأن هذا من باب الجهاد والطاعة . فلا يستحق الأجر . كما لو استأجر ليوم

الناس أو يؤذن . وقال محمد رحمه الله تعالى : إن قل ذلك لذمي ، يجب الأجر . ولو كانوا قتلى ، فقال الأمير من قطع رؤوسهم طه عشرة دراهم ، جاز ، لأن هذا الفسخ ليس بجهاد بخلاف الأول . ولو استأجر الأمير ذميا أو مسلما ليقتل أسيرا حريبا كان في يده ، فقتله ، لاشيء له . وقال محمد رحمه الله تعالى : يجب الأجر المسمى ، كما يجب بذبح الثاة وضرب العبد . فالمسألة إذن تدور حول الأجر على الواجب ، فما كان واجبا لا يؤخذ عليه أجر ، فان أخذ الأجر كان السب غير مشروع ولا يحور العقد .

§ ٢ — لا يعتد بالسب إذا لم تتضمنه صيغة العقد

العقد المجرد

ويبدو أن لفقه الإسلامى يعرف العقد المجرد في حالات خاصة محدودة . والعقد المجرد هو ، كما قدما ، عقد جرد من سببه فلا يعتد فيه بالسب . مثل ذلك عقد الكفالة ، فهو عقد جرد في الفقه الإسلامى ، بل هو أكثر تجريدا منه في الفقه العربى الحديث . فقد رأينا أن للكفيل في كتب المذنب المصرى (م ٧٨٢) أن يملك بجميع الأوجه التى يحتج بها المدين ، ولكن الترام الكفيل بمحو الدائن لا يتأثر . علاقة ما بين الكفيل والمدين ، ولا يحور لكفيل أن يملك صدائنا بالدفع التى له أن يملك بها صد المدين . أما في لفقه الإسلامى ، فان الترام الكفيل مجرد إلى مدى أبعد من ذلك ، فلا يستطيع الكفيل أن يحتج على الدائن بالأوجه التى يحتج بها المدين . جاء في المسوط للسرحدى (حره ٢٠ ص ٨٥) في هذا المقام ما يلى : « إذا كفى رجل من رجل ألف درهم ذممه ، ثم غاب الأصل ، فادعى الكفيل أن الألف من ثمن حره . فإنه ليس بحصم في ذلك ، لأنه الذم المطالبة بكفالة صحيحة ، والمال يجب على الكفيل مائة أمه الكفالة ، وأن لم يكن واجبا على الأصل ، . ونرى من ذلك أن الترام الكفيل مجرد إلى حد أن الكفيل لا يستطيع أن

يحتاج على الدائر بأن المدين غير مشروع لأنه ممن حرم . وقد كان المدين يستطيع أن يحتاج ذلك على الدائر . والفقه العرفي الحديث يبيح لتكفيل . كما قد ما أن يحتاج على الدائر بالوجه التي يحتاج بها المدين . فحرم لتكفيل في المدين ليس نحن بصدد أن يحتاج على الدائر بعدم مشروعية الدين لأنه ممن شيء غير مشروع . ولكن الفقه الاسلامي يحرم محض حرم . ويعتبر أن التكفيل قد ألزم الزاماً محرراً بكفالة . فالزامه مستقل عن الزام المدين وليس له . بعد أن له . أما محرراً بكفالة صححه . أن يحتاج بطلان الزام المدين (١) .

عقود لم تنضمم ذكر السبب فهو يفسد به :

وهناك عقود لم تنضم صحتها ذكر السبب مع المانع . لا صراحة ولا ضمناً . فلا بحث عن السبب صرح العقد . ولا يعتد به . بل يكون العقد صحيحاً مستقلاً عن السبب . ويورد بعض النصوص في هذا المعنى :

جاء في مختصر النجاشي (ص ٢٨٠) . . . ومن كان له عصير فلا بأس عليه به . وليس عليه أن يقصد بذلك إلى من زعمه أن يحرمه حرماً دون من يحاف ذلك عليه . لأن العصير حلال . وفيه حلال . كسبع ما سواه من الأشياء الحلال مما ليس على نافعها الكشف عما جعله المشتري فيها فيها يسع الرحن العصير من العنب إلى مشتري . ولا يذكر في العقد . لا صراحة ولا ضمناً . أن المشتري يقصد من العصير إتخاذه حراً . فالبيع صحيح حتى لو لم يكن أن المشتري قصد إتخاذه حراً . ذلك أن المانع هنا . وإن كان غير مشروع . لم يذكر في العقد . فلا يعتد به .

وجاء في البدائع (ج ٤ ص ١٨٩) : « ولو استأجر دمي من مسلم بعة بصل فيها لم يجر . لأنه استأجر لعمى المعصية . وكذا لو استأجر دمي

١ . ومع ذلك فالرهن لصمد احده المعية و الناحية باطل (الاشياء والنظائر لابن نجيم ص ١٣٥) .

من دى لما قلنا . ولو استأجر الدى داراً من مسد . وأراد أن يصلى فيها من غير جماعة ، أو يتجدها مصلى لعمامة . فقد ذكر ، حكمة في مقدمه . وقد ذكر صاحب البدائع فيما تقدم (جزء ٤ ص ١٧٦) ما نقلناه . أنه أن الدى من استأجر داراً من مسد في المصر ، وأراد أن يتجدها مصلى لعمامة وحضر فيها بالنافوس . له ذلك . وأبى الدار وعمامة يسيران فيعود من ذلك على طريق الحسنة لما فيه من إحداث شعائر طيبة فيها من المصطفى . فتجوز لهم ، كما يجمع من إحداث ذلك في دار نفسه في أمصار مصر . فالصلى على الله عليه وسلم لا يحصى في الإسلام ولا كعبه . ولا يجوز رجوعه إلى دار ولا إحداث الكعبة في دار الإسلام في الأمصار . ولا يمنع أن يصلى في نفسه من غير جماعة . لأنه ليس فيه . كما هو من غير . ولا يصلى في أمصار ذلك في دار نفسه لا يجمع منه . وهو كالمصلى في داره . ولا يصل أنه لا يمنع من ذلك . لكن قيل أن أمصار مصر إنما هي في مصر . لأن أكثر أهل السودان في رمة كانوا أهل مصر من جهة . فكان لا يوسى ذلك إلى إمامه والاستحسان بالمسجد . وأما أمصار مصر وحدها . وحدها صار السواد كالمصر . فكان أحكامه فيه كاحكام مصر . وهو دار مصر . ذلك في العقد . وما زاد من ذلك . أن مساجد مصر من مسد في مصر . أمصار المسلمين استجدها مصلى لعمامة . غير أن ذلك لا ينافي على المعصية . وكذا لو استأجر دى من دى . فعن ذلك ما قلناه . فها نحن المبدأ مطلق في كل من أو سرح . فليس يدعى مسجداً من مسد . ولا من دى . فتجدها مصلى لعمامة . يكون قد ذكر في مصر . على دى . فلهذا لا ينافي . وهو باعث غير مشروع . فلا يجوز العقد . كدعى من مسد من مسد أو من الدى . إلى أمصار . وهو لا ينافي في مصر . فها نحن جميعاً مصلى لعمامة وظهر بعد الإجماع أنه قصد بركات . ولا ينافي في العقد . فلا ينافي . ولا يؤثر في عدم الجواز . ولا يمنع الدى في هذه الحالة من الصلاة في الدار من غير جماعة . لأنه قد قصد بركات الدار مصلى

المطلب الثاني

فكرة المشروعية واختلاف الظرف فيها وتطورها

فكرة المشروعية فكرة غير ثابتة .

على أن فكرة المشروعية ليست أمراً ثابتاً . بل هي قد تختلف من الأنظار . ثم هي فكرة متطورة . فما كان غير مشروع بالأمس قد يكون مشروعاً اليوم . وما كان مشروعاً من قبل قد يكون بعد ذلك غير مشروع . فبعض أولئك في بعض الحالات لم يختلف فيها الأنظار في فكرة المشروعية . ثم نظر كيف تتطور هذه الفكرة من زمان إلى زمان .

حالات تختلف فيها النظائر في المشروعية .

يوجد لها بعض النصوص حيث نجد الفقهاء يختلفون أظاهم فيما إذا كان سلباً يعتبر مشروعاً أو غير مشروع .

تت

وأعرب ر . د . وقد توسط المصادفان سهم باب . ففسرى حد المعاهد من الآخر أسىء بشم مؤجل . ثم سبعة إلى الوسط بشم مصححاً من وسيع لوسيط الشيء إلى دبعة الأول بشم اسم المحلل الذى أسرى به قد أسعت هو الرد . ولا يؤثر في العقد عند الضعفة وأسبغته لأنه غير ظاهر في صبغة العقد . أما عند الحسنة والمالكية فهو باطل . أعمداً بالاعتق ولو . فظهر في سبعة العقد . وبخمس الأسناد محمد وسف موسى حكم ببيع امرأة من المذاهب المختلفة على أبو حنيفة الأثرى . « ذهب بعض الفقهاء . ومهم الإمام الشافعى . إلى أن هذا العقد حاشى . لأن ركنه من الإيجاب والقبول يصححان . وقد تحقق . ولا عبرة بالنسبة إلى الإنزاعها بعدم وجود مبدئ عنها . وأما الثمر الذى نابع به المشرى للعين . وهو بمن أف من استراها به . فهو في رأى الشافعى ثم يجوز بيعها به من غير تأمها . فحاشى من تأمها . كما أن دبعها يمثل ثمنها . أما في مذهب الإحناف . فقد أحاز أبو يوسف هذا البيع بلا كراهة . وأحازوه محمد مع الكراهة حتى أثر عنه أنه قال : هذا أسيع في فلى كأمثال الحال دميم . اخترعه أكله الرما . وعند الإمام نفسه هو عند فاسد أن خلا من توسط ثالث بين المالك المعرض والمشرى المقترض . وابن حنبل يرى ومثله الإمام مالك أن هذا العقد يقع باطلاً « الأموال وبطرية العقد في الفقه الإسلامى فقره ٤٢٨ - فقره ٤٢٩ ص ٣٠٠ - ص ١٣٠٢

حاء في البدائع (جزء ٤ ص ١٩٠) : ومن استأجر حملاً لا يحمل له
 أجر ، فله لأجر في قول أبي حنيفة . وعد أبي يوسف ومحمد لا أجر له ،
 كما ذكر في الأصل . وذكر في الجامع الصغير أنه يطيب له الأجر في قول
 أبي حنيفة . وعدمه بكره . لم أن هذه إجابة عن المعصية ، لأن من أخرج
 معصية لكونه إجابة عن المعصية ، فقد قال الله عز وجل ولا تعاونوا على
 الإثم والعدوان . ولهذا ليس لله تعالى عشرة منهم حامداً والمحمول إليه .
 ولأن حنيفة أن من أخرج ليس بمعصية ، دليل أن حمل الإثم والتحمل
 مباح . وكذا ليس نسب لمعصية وهو الشرب . لأن ذلك يخص بفعل فاعل
 محذور . وليس حمل من صهر أو ابنة شرب . فكانت سبباً لحكمه
 كعصر لعب وقصقه . وأحد يقول عن أبي حنيفة أن الشرب وبه يقول أن
 ذلك معصية ويكره أكل أجرته .

وحاء في المتناهي الجزء ١ ص ٢٠٢ و ٢٢٢ من مذهب أبي حنيفة
 مسألاً ليحمل له أجر . جاء في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يجوز استئجار
 الكائنات وقال أصحابنا لا يجوز . وعلى هذا الخلاف ما استأجر الذي
 أنه من مسلم أو سفيه سقى عليها أجر . وأن استأجر دمي دماً لذلك .
 حاء . وكذا الاستئجار ! عن البخاري . ومن استأجر المسلم دمياً لبيع له حراً
 أو مينة أو دماً ، لا يجوز . ومن استأجر الذي مسأخلاً منه من الطريق أو حله
 ميتة إلى موضع الذبابة . حاء في قوله . وكذا لو استأجره عصر لعب . .
 وروى استأجر الذي من مسأخلاً لبيع فيه حراً . حاء عند أبي حنيفة رحمه الله
 تعالى . ولا بأس لمسلم أن يؤجر داره من دمي لمسكنها . وإن شرب فيها
 حراً أو عبد فيها لصلب أو أدهن فيها الخمار . فذلك لا يلحق بالمسلم كمن
 باع علاماً من يقصده الفاحشة أو باع حارية من يابها في غير لما في أو لا
 يستترها . ولو استأجر المسلم من الذي بعة لصلب فيها . لم يجز . وكذا أهل
 الذمة إذا استأجروا دمياً لصلب بهم أو ليصرف لهم ناقوساً . لا يجوز . ولو

آخر المسلم نفسه من الجحوس به قد لم النار لا ينس عدمه . لأن انصرف
في السر والانتفاع بها مباح بخلاف الانتفاع بالآخر وحين آخر عدمه ..
ولو استأجر رجلا . ليحت له ضوا أو . مثاقص . صاب له الآخر .
ولا أنه يشبهه . وكذا لو استأجر رجلا ليكتبه عمه بالقرسية أو بالعرفه
صاحب الآخر . وكذا لو استأجر يعبه أو كسبه يهود والنصارى .
صاحب الآخر . وكذا لو كنت لامرأه كسبه حسابا آخر . وهو استأجر
مشافعة بين العروس . فالو لا يثبت له الآخر . لأن يكون عني وجه
لهدية غير شرعية ولا تقص . قال مولا رحمه الله تعالى ويدعى أن الاحاد
إذا كانت موفقه وكان ضمن مده مثل التماس والصور . حارب
الاحارة ويطلب لها الآخر . لأن . من له من مراح . أهل مده تقطع
عنهم أنقوبات . فاستأجر وارحلا آخر معه . ذهب إلى السطاح ويوقع
المصه ليجذب عنهم السطاح بوب كخفيف . وأحد الآخر من عامه أهل التمه
من الأعداء ولتقاع . فإجاب كل حال وذهب إلى مده سلطان تهايه
إصلاح الأمر في يوم أو يومين حيث حيث واحد . وإن كان لا يخص
مقصود في يوم أو يومين وإنما يخص في مده . فإن مده . الإحارة وقد
حات لاحارة منه . ثم يسمى وأن . وهو فستأجر . وكان به أحد
من عني أهل مده من قبل مؤمنهم ومافيه . وقال بعضهم لا يصح هـ .
بإجارد عني كل حال . وأحمد عني أن الاستأجر عني تعالى . فله بطل ..
ولو استأجر رجلا يمسك لبب لاخو وهو مستأجر من حدة
بكل حال من يحملها الآخر . لأنه من في مده حسنة . وإن كل حال من
عمها خلت المشايخ في الدلالة في السكاح هل يكون لها آخر : قال
اشيخ بإمام أو . بكر محمد بن اعين رحمه الله تعالى لا آخر هـ . لأنه لا منفعة
لروح من كلامها غير عقد . وإنما صفعه . روح في العصب . والعقد قائم به
وقال غيره من المشايخ لها آخر مثلها . لأن معظم الأمر في السكاح يقوله
الدلالة . فإن السكاح لا يكون إلا بمقدمات تكون من دلالة . فكان له

ولا استنجار المعصية أو الذائبة (١١). ولا الاستنجار على نظم لعقه أو لعل
الميت أو لعل الحياة إن لم يكن هــ من يحملها لأن كل هذا واجب ولا أجر
على واجب (١٢).

وهنا خلاف بين الفقهاء في استنجار المسلم لغيره ، أو لعقه ، أو
على الخواير . فالصاحبان لا يبحران ذلك لأن الإحارة هنا إغارة على المعصية .
و أبو حنيفة يحرمه لأن العمل في ذنبه ليس بمعصية ولا تنجره أن يكون سب
للمعصية . والخلاف قائم أيضاً في استنجار مثة لغيره من الخواير . فمن
المعصية من يرى أن تنجر العبد من لا يؤجر عليه أجر ولا تقبل فيه الهدية .
ومنهم من يرى أن تنجر العبد من مزاج فؤاده عليه الأجر . ويختلف الفقهاء
في استنجار من يحمل طلامة فؤاده إلى السوء . فمنهم من يرى الجواز
مادام أن الإجاره قد حدد لها وقت معين . ومنهم من لا يحرم الإحارة على
هذا العمل . ويختلف المعصية أيضاً في الدلالة في السكاح . وهذا ما سنبينه في
لعقه لغيره بعد الوساطة في الزواج . فمن المعصية من يحرمها لأن الزواج
لا يكون إلا بمقدمات تأتي من الدلالة . ومنهم من لا يبحر بها لأن الدلالة
لا تعقد الزواج بنفسها وإنما يقوم العقد بالزواج (١٣)

١ . ولا يجوز استنجار المعصية أو الذائبة حتى عند الاستعانة . وهم
من سرحتهم كثير من غيرهم في الإحارة . ذلك أن الله عز وجل أمره
قد احتفظ ببعض نفسه في حد واحد . ففي هذا المعنى سره
دست تحت في بصره الناس في المذهب الحق من ٢٣١ - من ٢٣٢ .
٢ . ولا أحد الأستاذ يدور دست أن يعقده الحقيقة لا يبحرون في عقد
الإحارة من يحرون في عقد السمع . لأن عقد الإحارة إنما ورد على حسنة
التقريب ورجحان فيه استحسان . فكان سراً عليهم تحت هذه البرصه
في كل ما يكون مقبلاً لعدم المبرور عنه . تحت في بصره السعد في المذهب
الحق من ٢٣١

٣ . ويقول الأستاذ يحيى محمدي في هذا الصدد : « لا يجوز
لأبوي الزوجه أو أحد قاربها أن يحد من أبوي ذراهم في أي شيء كان
بقاء بزوجها أو سلمتها . وقد قال ابن أثير أن هذا نوع من الرسوخ
أبناوي الزوجه . من ١٥٤ . من ١٥٥ بهامش الهندية . وهو حكم متفق
عليه عند الحنفين وغيرهم . ويطبق على الأقارب وغير الأقارب . بعد

نظور فكرة المشروعية :

وفكرة المشروعية تتطور كما قدمنا . فما كان غير مشروع من قبل قد يصبح مشروعاً ، وم كان مشروعاً قد يصبح غير مشروع .

فقد كان تعليم القرآن لا يجوز الأجر عليه . ثم جاء بعد ذلك حاقى اعتاوى الخدية (ح ٢٠ ص ٢٢٦) : « وإن استأجر رجلاً لتعليم القرآن . فلا تصح الإحارة عند المتقدمين ولا أخرائه . بين لذلك وقتاً أو غير بين . ومشايخ بلخ رحمهم الله تعالى جاوروا هذه الإحارة . حتى حكى عن محمد بن سلام رحمه الله تعالى أن قال أفصى بسمي باب الوالد بأجرة العلم . وقال الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن إمام رحمه الله تعالى إنما حكره المتقدمون الاستحالة ليعلم له أن وكرهوا أحراراً على ذلك . لأنه كان لبعض علييات في بيت المال في ذلك الزمان وكان لها رغبة في أمر ليدن . وقامه الحسد . وفي ما ساء تقصعت عظامهم واسفست رغائبهم . في أمر لأخره . فواشتموا بالتعظيم مع الحاجة إلى مصاح المعاش لاحت حاجتهم . فقلنا تصححه لإحارته ووجوب لأخره للمعروف . حيث وسمعوا والد عن إساءة

شأن صاحب القباوى بحرية في رجل يزوج روحه ليعرض به سبحانه يقول هذه فلاحى ونسب عنها - نفعه . من يجوز أن يحكم بذلك أم ؟
وحيث يحرم عليه ذلك اجتماع المسلمين القباوى بحرية . ص ٢٨١
سنة بهذه المسألة ما استمر عنه اجتهاد الفصحاء في أوروبا من بحرية استمره في أمور الزواج - باعتبارها يترك على سب غير مشروع ومخالفة لدراسة « بحرية العامة » وحيث وانعقد في أربعة الإسلاميه ٢ ص ٩٨
يعيب المقامه . وهذه غير مشروعة بدهة في الفقه الاسلامي . وكذلك
أمرها من الحديث غير مشروع . فورا من المسائل على أن من يقول منهما على صاحبه واحد منهما من المال . له بحر ذلك . ولكن يجوز بيع أن يعهد بأحارة أعائر من المتأخرين . ويكون هذا سحبا للعائر وليس رها . كما يجوز لأحد المساقين أن يعهد صاحبه إذا فاز عليه بأحارته . والذي لا يجوز هو . كما قدمنا . أن يعهد من المساقين الآخر بأحارته إذا فاز . فإن هذا يكون رهاً ١ مجمع الأنهر ٢ ص ٥٤٩ - ٥٥٠ - الاستاء شكرى قرداوى في القانون والأخلاق . ص ٢٦٨ - ص ٢٦٩ .

الأجر حسن فيه . وإن لم يكن بينهما شرط . يؤمر الوالد بتطيب قلب المعمر
وورصاته . وهذا بخلاف مؤذن والإمام . لأن ذلك لا يشعن الإمام والمؤذن
عن أمر المعاش . قال الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى
أن مشايخ دين جو . والإجازه على تعلم القرآن وأحدو في ذلك قول أهل
المدينة . وأما أبي جعفر الاستحجاري ووجوب التسمية .

وجه في أن يلقى جزء ٥ ص ١٢٤ ص ١٢٥ . والأذن والحيث
والإمامة وتعليم القرآن والعقود . مع لا يجوز أحد . لإجازه على هذه الأشياء .
ومن استأجر رحمه الله تعالى في كل ما لا يتعلق على الإجازة . لأنه استئجار
على عمل معلوم عن متعلم عنه فحج . وكونه عبداً لا يفي ذلك . ألا ترى
أنه يجوز الاستئجار على بناء المسجد . أو كاه وكتابه مصحف والعقود
وبقائه عليه الصلاة والسلام . أو إلقاء ولا ركائبه . وعهد عليه
الصلاة والسلام . في عمل من أي إقص . وإن اتحدت مؤذناً فلا يجوز
لأن أحداً . ولأن إجازته متى وقعت كانت معدومة فلا يجوز أنه أن أحد
الخاص على من وقع له كما في الصور والتمثيل . ولأن تعليمه لا يقدر عليه المعلم
لأن من جهة المعلم فيكون مدهم . لا يقدر على تسليمه فلا يجوز .
بخلاف بناء المسجد وأداء كاه وكتابه مصحف وشفقة فانه يقدر عليها
وأحد . وكذا لا يجوز كون لأم توفيق بعض عنه . لأنه لا يستمر
تعليمه . فهو فيها . أهية الأمر حتى إذا أن يستأجر الكافر فيه ولا يجوز
فيه عن فيه . والأصل فيه أن كل شيء حرام أن يستأجر الكافر عليه جاز أن
يستأجر عليه المسلم . ولا فلا . فإن رحمه الله تعالى يقول في جواب
الاستحجار تعلم القرآن . وهو مذهب المحجرين من مشايخ بلخ . سحسوا
ب . وقالوا . أنصحنا لمقدمون الخوف على ما شاهدوا من فقه الخصاص
ورعة لسان فيهم وكانت لهم عطيى في باب الماء واقتفاء من المتعلمين في
مخافة الإحسان بالإحسان من غير شرط مروءة يعيرونهم على معاشهم
ومعدهم . وكانوا يقولون بوجوب التعميم خوفاً من ذهاب القرآن وتخریباً

على التعليم حتى يهتسوا لإقامة الواجب وبكثر حفاظ القرآن . وأما اليوم فقد تغير ذلك كله ، واشتغل الحفاظ بمعاشهم . وفق من علم حسنة . ولا يتم عون له أيضاً فإن حاجتهم تمنعهم من ذلك . فهو لم يفتح لهم باب لتعليم بالأجر يذهب القرآن . فأتوا حوا ذلك لذلك ورأوه حسناً . وقالوا الأحكام قد تختلف باختلاف الزمان . ألا ترى أن النساء كن يحرقن إلى الجماعات في زمن سبي رضي الله عنه وسيد في من أتى بكر رضي الله عنه . حتى معهن عمر رضي الله عنه . واسبق الأمر عليه وكان ذلك هو الصواب . وكان لإمام أبو بكر محمد بن منصور يقول يجب لأحر . ويعس عليها . وكان في النهاية يفتي حوا . لاستحار على بعله النكاح ألف في ثم قال وفي روضه البديع كان شيخاً أبو محمد يقول في زمانه يجوز للإمام في الأحرار . قال كره في حديثه . ولا يجوز استئجار المصحف وكتب ألف لعدم نفعه

كذلك قد يكون ذلك من سوء وقد سبق أن نقل عن الداع (ج ٥٠ ص ١٧٦) وكانت الدرر إلى من المسيرة في الأصل أنه لا يمنع من ذلك لكن قيل إن رخصته إنما أجاز ذلك في زمانه لأن أكثر أهل السودان في زمانه كانوا من أهل السودان . وكان لا يؤذي ذلك إلى الإساءة . لاستحار وأما اليوم فاحسنه عدا السود كالمصر . وكان أحسن فيه كالحكم في مصر .

المبحث الثاني

نظرية لسب في الفقه الحنلي والفقه المالكي وفي مذاهب أخرى

يعتبر مافاضل والنبات ولولا تركيزي المفسر

ونظرية لسب في الفقه الحنلي والفقه المالكي . وعاصه في الفقه الحنلي .

سدوكا قد عتقنا قرب إلى نظرية النسب الحديثة في الفقه اللاتني . فالتسبب هو باعث على التعاقد . وبعد به سواء ذكر في العقد أو لم يذكر . مادام يكون معوما من الطرفين لأحد . فإن كان باعث مشروعاً فالعقد صحيح . وإن كان غير مشروع فلا يصح العقد . (١)

وذكر ابن القيم في إعلام الموقعين (ج ٣ ص ٩٦ - ص ٩٨) وحوب الاعتدال بحق قصد والتسبب في العقود فقوله : « هل الاعتدال صواب في الألفاظ والعقود » . من طهيات المقاصد والآداب بخلافها . أم المقصود واليات تأثير يوجب الالتفات إليهم ومراعاة حسابها . وقد تظاهرت أنه أشبه بالشرع وهو اعده على أن المقصود في العقود معبره وأثره يؤثر في صحة العقد وفساده وفي حله وحرمة . ألمع من ذلك . وهي أنها تؤثر في المعنى الذي ليس بعد تحديداً وتجزئاً قصير خلافاً . وهو ما يارة اختلاف أئمة والمقصود كما صرح صاحبها . فالتسبب ما به اختلافهم . وهذا كالمخرج . فإن الحيوان يخرج إذا دخل لأحد الأكل ويخرج إذا دخل غيره وكذلك « نحن نشبه في الحقيقة » أي أن يكون ممكنه فتحريم على المسرى ويبقى أنه به فتح له . وصريحه معنى والعقد واحدة وإنما اختصت أئمة والمقصود . وكذلك صورة العرض وسحب له . والبرهم إلى أن صورتهما واحدة . وفيه صححة وهذا معصية باطله بالعقد . وكذلك عصر انعكس بنية أن يكون حرمة معصية معقول فاعله على سبيل رسول الله صلى الله عليه وسلم . وعصره بنية أن يكون حلالاً أو حراماً . وصورة الفعل واحدة . وكذلك السلاح يبيعها إلى من لم يعرف أنه يستعمله فيها حرام باطل لما فيه على إيجابه على الأثم والعصيان . وهذا راعه من يعرف أنه يخافه في سبيل الله فهو طاعة وفقه . وكذلك عقد السر

١ من هذا خلاف يكون فيها سبب - أي السبب - مانع من تعدد العقد بعد انعقاده صحيحاً . ففي الوديعة لا يرد المودع عند الوديعة بمودع إذا أرادها هذا لا تركاب حرمة . كمن أودع سبعا وأراد استرداده للقسر أو الإثم والنظر لابن نجيم ص ١١٠

المعاق على شريطة يوسى به التقرب والجماعة فيد منه الوفاء بما يدره ، وينوى به
 الخلف والإمتاع فيكون عيباً مكفراً . . . وكذلك من أدى عن غيره واجباً
 يوسى به الرجوع ملكه ، وينوى به التبرع وهذا دليل على
 أن من بوى ناسيع عقد الرأ حصل له الرأ . ولا بعضه من ذلك صورة
 ناسيع . وأن من بوى بعقد النكاح التحليل كان محلاً ولا يخرج منه من ذلك
 صورة عقد النكاح . .

وكذلك لما ملكه بعد من ناسيع وإن يدرك في العقد . فلا يحبرون
 بيع أرض بقصد بناء كسبه أو بيع حسب بقصد صنع صليب . أو شراء
 عقد بقصد أن يكون مبيعاً . أو استئجار كرايس فيها عمارات الواح . (١)

١ انظر في هذا المعنى مرة دمه . بحث في بصره لسبع في المذهب
 المعنى من ٢٣٢ - من ٢٤٣ - وكذا ما هرص المذنبه للسبب في صدر
 نظام في المحرر . حاء في انحصار جزء من ٢٦٣ - من ٢٦٤ . وانظر
 في الاعتبار على قسمين الأول مالا ينعقد له بناء . فلا يصح العقد به
 عنه . . . الذي ماله ينعقد وهو على ثلاثة قسم الأول ما كان جميع ماله
 محرمة . وهو الذي لا ينعقد له لا يصح بعه ولا يملكه وثاني في المبطل .
 ومن اشترى من انه أسهو شيئا الحرق وغيره فصح البيع وأدت هذه انتهى
 اثني ما كان جميع ماله مباحة فصح فمحرر بعه أحصاه . الثالث ما فيه مباح
 محضه ومباح محرمة . قال المازري فهو المسكن على الإقحام وماله الإقحام .
 وقوله يرى العلماء منطري . وأن كشف عن سره ليهون عنه اختلافهم
 فإن كان من المباح والمقصود منها محرماً . المحلل منها تباعا فواضح انحصار
 القسم الأول وأن كان من المباح والمقصود منها محلاً والمحرر
 فواضح انحصار الثاني وأن كانت ماله المقصود منها ماله محرر
 ومنها ماله محرر أو فيه ماله محرر مقصود وسائر ماله محله . قال
 المازري فهذا هو المسكن ويسمى أن يلحق بالمصوغ ووقع في هذا
 أسوع مسائل بشكل على العالم . فحفظ المسألة يعني فكره فيرى المصلحة
 المحرمة مسأله هل هي مقصود أم لا . ويرى مساوها من المباح
 المقصود محله فيمضى من التحريم لأجل كون المقصود من المباح محلاً
 ولا يسلط لاطلاق الاباحة لأجل الإشكال في تلك المصلحة هل هي مقصود
 أم لا فمضى هذا المتورع . ويتأهل آخر ويقول بالكراهية ثلاثين . .
 بحر . فاحتفظ بهذا الأصل فإنه من مذهب أهل . ومن أنقذه علماء
 عبيه جميع مسائل الخلاف الواردة في هذا الباب . .

وشارها ونعها وقتها وساقها . وأشار إلى كل معاين عليها ومباينهم .
أخرج هذا الحديث الترمذي من حديث أنس وروى ابن دعلج في تحريه
نسخه بسنده عن محمد بن سيرين أن فيما كان السعد بن أبي وقاص في أرض
له ، فأخبره عن عبد الله لا يصح ولا يصلح أن يساع إلا لمن يعصم ،
ومن ينعقه فمن ثمن ثمنه ولا ينعقه عليها لمن هو
أهله ينعقه فثبت أنها لمن يعصمها ولا ينعقه
مخصوصه فثبت أنها لمن يعصمها فثبت أنها لمن يعصمها
سواء كان له أو كان له فثبت أنها لمن يعصمها فثبت أنها لمن يعصمها
أنس فثبت أنها لمن يعصمها فثبت أنها لمن يعصمها
من على من فثبت أنها لمن يعصمها فثبت أنها لمن يعصمها
أو من يعصم من فثبت أنها لمن يعصمها فثبت أنها لمن يعصمها
حاشا فثبت أنها لمن يعصمها فثبت أنها لمن يعصمها
ذلك المحرم في من يعصمها فثبت أنها لمن يعصمها فثبت أنها لمن يعصمها
أعقب فثبت أنها لمن يعصمها فثبت أنها لمن يعصمها
والغناء فثبت أنها لمن يعصمها فثبت أنها لمن يعصمها
فثبت أنس فثبت أنها لمن يعصمها فثبت أنها لمن يعصمها

وكيف يعصمها فثبت أنها لمن يعصمها فثبت أنها لمن يعصمها
لحقه فثبت أنها لمن يعصمها فثبت أنها لمن يعصمها
أو سحر كمينه أو يتركه فثبت أنها لمن يعصمها فثبت أنها لمن يعصمها
يعتد به حتى لو فثبت أنها لمن يعصمها فثبت أنها لمن يعصمها
مع ١ ح ٤ ص ٢٨٤ - ٢٨٥ في هذا المعنى فثبت أنها لمن يعصمها
من ما يقصده فثبت أنها لمن يعصمها فثبت أنها لمن يعصمها
نقته فثبت أنها لمن يعصمها فثبت أنها لمن يعصمها
أو يتحد كمينه أو يتركه فثبت أنها لمن يعصمها فثبت أنها لمن يعصمها

قال ابن عثقل . وقد نص أحمد رحمه الله على مذهب به بها على ذلك . فقال
 في لقصاب والخمار : إذا علم أن من يشتري منه يدعو عليه من يشرب المسكر
 لا يبيعه . ومن يخطر الأفداح لا يبيعها من يشرب فيها . وهي عن بيع
 الديباج لرجال . ولا بأس ببيعه للنساء . وروى عنه لا يبيع الخمر من الصبيان
 للفقار . وعلى قياسه البيض . فيكون بيع ذلك كله باطلا . قبل لأحمد رجب
 مات وحلف جارية معينة وولداً بقيا وقد احتاج إلى بيعها . قال معها على أنها
 سادجة . فقيل له فإنها تساوي ثلاثين ألف درهم فإذا بيعت سادجة تساوي
 عشرين مائراً . قال لا بأس إلا على أنها سادجة . ووجه ذلك ما روى أبو أمامة
 عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال . لا يجوز بيع المعينات . ولا أثمان ولا
 كسب . قال الترمذي هذا لا يعرف . إلا من حديث علي بن زيد وقد سلك فيه أهل
 العلم . ورواه ابن ماجه . وهذا يتحمل على بيعهن لأجل اسماء . فمما ليس بالخاصة
 بغير العناء فلا تدخل كما أن العصير لا يحرم ببيعه لغيره لغيره لصلاحيته للحمر
 ولا يجوز بيع الحمر ولا التوكيل في بيعه ولا شراؤه . قال ابن المديني أجمع أهل
 العلم على أن بيع الحمر غير جائز . وقال أبو حنيفة يجوز للمسلم أن يبيع كل دميما
 في بيعها وشراؤها . وهو غير صحيح . فان عائشة روت أن النبي صلى الله عليه وسلم
 قال حرمت التجارة في الحمر . وعن جابر أنه سمع النبي صلى الله عليه وسلم
 عم الفتح وهو مكة يقول إن الله ورسوله حرم بيع الحمر والميتة والخمر
 والأصنام . فقيل يا رسول الله أرأيت نخوة الميتة فأما على بها النفس وتذهب
 بها الحدود ويستصح بها الناس . فقال لا هو حرام . ثم قال رسول الله صلى
 الله عليه وسلم قال الله اليهود إن الله تعالى حرم عليهم نخوة الميتة فجموه ثم باعوه
 وأكلوا ثمنه . متفق عليه . ومن وكل في بيع الحمر وأكل ثمنه قد أشبههم لأن
 الحمر نجسة محرمة يحرم بيعها والتوكيل في بيعها كالخبر . ولأنه يحرم
 عليه ببيعه حرم عليه التوكيل في بيعه كالخبر . .

و توجد نصوص أخرى . في المذهبي الخليلي والمالكي . في هذا المعنى .

ذكر منها :

مسجد في أعرواح (جزء ٢٠ ص ١٧١) . « ولا يصح بيع ما قصد به الحرام كعصير لمتعبه حراً قطعاً . نقل الجماعة . إذا علم وقيل أو طأ . واختاره شيخنا . نقل ابن الخباز إذا كان عدو بريده لم يبد فلا بيع . وإنما هو على قدر إرجاء . قال أحمد . أتحاب إلى صلى الله عليه وسلم كرهوا بيع العصور . وسلاحاً في قتله لأن النبي صلى الله عليه وسلم هو عه . قال أحمد وقد يكون يقتله ويكفون لا يقتله . وإنما هو بريده له وخرجه . وما كوف ومشوم لمن يشرب عليهما المسكر . وأفداح لمن يشرب فيها وخرجه لقمار . وأمه وأمرء وأضيء . . . ويصح بيع من قصد ألا يسلم مبيعاً أو ثمناً ذكره في كتب الخلاف . ومن أهم علامة قدره فنقل أبو داود يحال سبهما إذا كان فاجراً معلناً . وهذا كما نقله أبو داود في المحرمات تسد أحده يحال سبهما إذا حاقوا عليها بأيهما . فنقل لأحمد مات ورثه سيوفاً . قال لا بأس بعدد وتعدد بالعر . ويروى أنه بدت . وفي المذنب مع ماله لاستعمالها في التمسك بالعلماء .

وما جاء في الخطاب (جزء ٤ ص ٢٦٧) : « مع العيب لمن يعصره حراً . ويصح ثاب الخبز عن يدها . عر حراً . وانظر أيضاً لمذنبه الكبري (١١ ص ٦٢ - ص ٦٩)

ونقل في المزار الكبري (جزء ٢ ص ٧٤ ومعهدها) بين المذهب الأربعة في هذا العدد . فيقول : ومن ذلك قول الأئمة الثلاثة أنه يصح بيع العيب لعصر آخر (١) مع الكراهة . مع قول أحمد بعدم الصحة . فالأول فيه تخفيف . والثاني مشدد . ووجه الأول أن المقاصد هي التي يؤاخذ بها العبد . وأما الوسائل فقد يحال بين العبد وماله . فذلك كان بيع العيب لمن يريد أن يعصره حراً غير حرام لعدم حقيقة أنه يتمكن من عصره . وكان البصري يقول لا بأس ببيع لعب لعاصر آخر . وكان سفيان الثوري يقول مع الخلال لمن شئت . ووجه الثاني سد الباب . لأن ما يتوصل به إلى إخراج

١ ومع ذلك فقد رآنا أن المذهب المالكي لا يحرم بيع العيب من عصره خيراً (الخطاب ٤ ص ٢٦٧) .

يكفي في علم الطرف الآخر بالذبح أنه تكبيرة الطرود حيث
ينبغي أن يعلم :

ويعتد المذهب الحنبي بالناسخ ، لو بدكر في العقد ، كما قدمنا . وليس
من الضروري أن يعلم الطرف الآخر به . بل يكفي أن تكون لطرود بحيث
ينبغي أن يعلم به . وأكثر ما يكون ذلك في العتق . وقد أهدى المقرض
لمقرض شيئا قبل إتمامه . حتى ذلك على . . . ويسعى أن يعلم
المقرض ذلك ناسخ حتى . . . يكمل به . فلا يجوز الهدية . وإذا
أهدى مشرك أو لأمر الخش هدية . حتى متى علم به
ويسعى أن يعلم ذلك . فلا يختص به . ولكن هي عبثه أو في
أني تهدي لغيري . فإياها حتى عن الشيء
فيسعى أن يعلم
ذلك فقد احتل العتق

وهذا جاء في القواعد لأبي حنيفة (ص ٣٢١ - ص ٣٢٢) في هذا المعنى
ما ذكر
على هذا ما سنجد
في الأداء
لأمر الخش
بحلاف الأصحاب
أهدى لأمر الخش
من قول القاضي هدية من
لمرأة زوجها صدقها
طلقها فلم يرجع فيها
لم يشفع له شفاعة عبد السلطان
إليه لأنها كالأجرة

عنها . وفيه حديث في السنن . ونص أحمد في رواية صالح بن عبد الله وديعه
قذاها . فأهديت إليه هدية . أنه لا يقبلها إلا بغير الكفاة . وحكى الهندي عبد
أدب سائر الأعلام حكاية لوديعه (ومنها) نص عليه أحمد في رواية ابن
عمر بن قيس أشجى حكاية لوديعه . ثم رد البحر بعين . فلم يرد
لصاحب البحر . إنما أحب سبب البحر . فحفظها بغير العقد في الرد لأنها
محرمة بسببه وإن كانت غير لاحقة به . ودولها لقاضي عن أنها إن كانت
محرمة في المحسن للعقد . ونحوه . وحج ابن عيينة منها رواية بنحو
برودة . وهو عقد ووجهه بن دهم . وهو حكاية الأثر عن أحمد
في معنى يروح بغيره بغيره . وإن كان دفع . يرضى المهر . وميدخل بها
بغيره . وإن كان أهدي هدية . بن دهم . قال القاضي في الجمع لأن
هذه أحدهما . عن أحمد . وهو عقد . وهو من أدخول
فمن كاهنه . ثم إن الأثر . وهو في السبق . بغيره . العقد الكفاة
ووجهه . وكذا في الأثر . الإخبارية المنقصة لهم . فمما يقع المقرر
أما أنه يصدف . مع أنه . وهو ثابت له عليه . المهر . وهو سبب
العقد . كراهة اللال . ووجهه . في السبق . لأن عيب . مع بقاء
أو حرهم . بغيره . عن ابن عمر . ولا يرد . وهو في خيار . أو عيب
رئت لأن البيع وقع مبردا . المهر . وعنده . وقدره في الكاح . أنه إن
فسخ . العقد الكفاة . أو أحب . وإن فس . به أو صاع أو كعنة

مزايا غير مزايا أهل السنة:

وتقر المزايا الأخرى غير مزايا أهل السنة . أي بغيره . والمحترمة
والظاهرية . في بغيره . سبب من المذهب الحنبي .

في مذهب لريدين . جاء في المذبح أحمد (جزء ٣ ص ١٩ ص ٢٠)
والمحترمة بغيره . نحو المزايا والأدناف والدراريح وما أشبهها .

فهذه لا توضع في العادة إلا لعمل محرم شرعاً . فلا يجوز بيعه . ولو بيع
دو الفع الخلال إلى مستعمله في معصية . وذلك جائز . بقصد بيعه للمعصية .
وذلك نحو أن يبيع العلف إلى من يتجده حراماً . والخشب إلى من يصنعها
مراير . وما أشبه ذلك . لكن ذلك مكروه . قوله عاماً أحزاباً من يبيع
السلاح والكراع . فإنه لا يجوز بيعه إلى من يستعمله في حرب المسلمين
من كافر أو ع أو نحوهم كالأكر . . . إلا أن يبيع بعضه منه . وحاصل
الكلام في ذلك أن شراء السلاح والكراع والعد من الكفار ونحوهم
جائز . وكذلك إذا عوض بأدنى منه . وأما بيع ذلك منهم . فإن كان لامصرة
على المسلمين حراماً أيضاً . وإن كان ثم مضره فمحرّم . قول الهادي والوالي أنه
لا يجوز بيعهم لأنهم يستعملونه في معصية . . . أنه إن قصد بيع نفسه
صح لبيع وحاله ذلك وسكن بكره . وإن قصد بيعه بعضه فلا خلاف .
وهل يبعد البيع أم لا . قال في التوضيح على أو طه أنه يحق . وقيل يكون
الخلاف فيه كبيع لعد المسلمين من الكافر أو بيع شيء إلى من يستعمله في أمر
وجب كالمصحف وكتب الحديث ونحو ذلك . فإنه يصح بيعه ويكون البيع
مباحاً لا لمجدد والكاعد . ويرد بالعطاء إلى يد على المعتاد . .

وفي مذهب حنابلة . حرام في مباح السكر من عدمي (حرمه ٤ ص ٣٧) :
« حاربه السن والمساكن للحرمات . وبيع لعب لعمل حراماً . والخشب
ليعمل صن . بكره يبعه على من يعمله من غير شروت . وصارها أنه لابد
أن يكون البيع لأجل ذلك . أي لإدائه بحرمه . سواء شريطة في متن العقد
أو حصل الاتفاق عليها . ويجوز مع هذا الشرط . فقط بكره بيعها على من
يعمله بغير شرط » (١) .

١ . ويقول الأستاذ بدور ذلك في الإجماع على بطلان بيعه بذهب . يعطرون
في هذه المسألة سطوى على كثير من الفروقة والبيع . فإذا أخذ من المباح
الحاصل ببيع عصب الفرس . وهو المثل الذي يلقى عنده المذهب الحنابلة

الفصل الرابع
نظرية البطالان

الفرع الأول

نظرية البطلان في الفقه الغربي

مقدمة البطلان :

بطلان العقد هو الحياء القانوني الذي يترتب على عدم استيفاء العقد لأركانه كامله مستوفيه جميع شروطها . فوجب إذن أن تشكل في أمرين .

(١) لبطلان بوجه عام .

(٢) أحكام العقود المنسمة بالبطلان ^(١) .

المبحث الأول

البطلان بوجه عام

مسائل ثلث :

الأصل في لبطلان أن يعدم العقد . فالعقد لاطل هو عقد منعدم . ولكن لما كان للعقد أركان مختلفه وشروط متعدده . فقد تعددت مراتب البطلان تبعاً لها التعدد وانقسم بحسب مراتبه والبطلان في الفقه لعرى بمعارب نظم أخرى يلتبس بها . فيحس تمييزه عنها . ولما كان الأصل في لبطلان أن يعدم العقد كما قدما ، فإنه ينبغي أن يترتب على ذلك أن العقد لاطل لا يباح أثره ما ، ومع ذلك فهناك حالات نرى فيها أن العقد المنقسم . البطلان قد يفتح بعض الآثار .

(١) تنقل صريحه بطلان في لفظة عربي عن مؤيد ابن سبويه الجزء الأول من ١٨٦ — ص ٥٣٩ .

فقد أوردنا ثلاث مسائل ثلاث : (١) تقسيم البطلان بحسب مراتبه (٢) غير
البطلان عما يمار من النظم (٣) الآثار التي قد تترتب على العقد المنقسم
بالبطلان .

المطلب الأول

تقسيم البطلان بحسب مراتبه

أنواع البطلان

أركان العقد وشروطه :

رأينا فيما قدمناه في المصالحات، أنه أن أركان العقد في الفقه العربي ثلاثة :
التراضي والاخت والاسب . ورأينا أن لكل من هذه الأركان نوعاً واحداً
من الشروط ، فباعتبار ذلك أركان العقد له شروط انعقاد وشروط صحة
فأركان العقد بشرط وجوده — أو لانهقاده — أن يكون صادراً عن
غير ، وأن يكون هناك اتفاق بين الإيجاب والقبول وقد يترتب على ذلك
والسبب بغير صحيح . وبشرط صحته أن يكون صادراً عن ذي أهلية ،
وأن يكون غير معيب . فإذا صدر التراضي من شخص الأهلية . أو كان معيباً
بأن كان مشوباً بخلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال . فإن ذلك لا يمنع من
وجود التراضي ، ولكنه يكون غير صحيح .

أما شرط المحل — وهي شروط الانعقاد وشروط الصحة في وقت
واحد — فهي أن يكون المحل ممكناً . معيناً أو قابلاً لتعيين . صالحاً للتعاين
فهو أن يكون مالا مقبوماً مشروعاً أي غير مخالف للنظام العام والآداب .

وأما السبب فليس له إلا شرط واحد . هو أن يكون مشروعاً أي غير
مخالف للنظام العام أو الآداب . وهذا الشرط هو شرط انعقاد وشرط
صحة في وقت واحد .

مراتب البطون — النظرية التفسيرية (التفسير المظهرى) .

نقسم النظرية التفسيرية لبطون إلى مراتب ثلاث : فهناك بطون يحسم العقد منعدها ، وبطون يحسم العقد باطلاً مطلقاً ، وبطون يحسم العقد باطلاً نسبياً .

فالعقد المعدم هو ما انعدم فيه ركز من الأركان الثلاثة أى لا بد من قيامها حتى يتكون العقد : أراضى أو المحل أو السب . فعقد طارل معدمه ، وكذلك العقد الصورى . لانعدام التراضى . والتعاقد عى محن غير موجود أصلاً منعده ، لانعدام المحل . وانعدام السب لا وجود له معدمه . لانعدام السب .

والعقد لاطل مطلقاً هو ما هامت فيه الأركان الثلاثة ، ولكن حتى فيه شرط من شروط هذه الأركان غير شروط صحة التراضى . وإما محل شرط من شروط وجود التراضى . فإن صدر العقد من غير غير ، كصلى غير غير أو محمول أو معنوه . أو لم يكن هناك اتفاق تام بين الإيجاب والقبول ، فالعقد باطل مطلقاً مطلقاً . وإذا احتل شرط من شروط المحل ، بأن كل المحل غير ممكن ، أو كان غير معين وغير قابل للمعنى ، أو كان غير صالح لتعامل فيه . فالعقد يكون هاً أيضاً باطلاً مطلقاً مطلقاً ، وإذا احتل شرط السب ، بأن كان التعاقد قائماً على سبب غير مشروع ، فهنا أحياناً يكون العقد باطلاً مطلقاً مطلقاً .

والعقد لاطل نسبياً هو ما احتل فيه شرط من شروط صحة التراضى . فإذا صدر العقد من باقى الأهلية . كان باطلاً نسبياً أى باطلاً من جهة واحدة هى جهة ناقص الأهلية إذا الطلان قد تقرر لمصلحته . وإذا كان رضاء أحد العاقدين مشوباً بغير . أن وقع هذا العاقد فى غلط أو دلس عليه أو كان مكرهاً أو كان صحىه استقلال . كان العقد باطلاً نسبياً نسبياً على تعصيل فيما يتعلق بالاسعلال . أى أن العقد يكون باطلاً من جهة واحدة هى جهة من كان رضاه معيباً إذا الطلان قد تقرر لمصلحته .

انتفاء الظهريّة التقديرية — التفسير الثنائي والبطون المبرج :

وكثرة الفقهاء تدعى على النظرية التقليدية بصرفها بين العقد المندم ولعقد الباطل بطلاناً مطلقاً ، إذ أن هذا التفريق يصطدم مع المنطق ثم أنه لا فائدة فيه . أما أنه يصطدم مع المنطق ، فلأن العقد الباطل بطلاناً مطلقاً ليس له وجود قانوني ، فهو في الاعداد يسوي واعداد المندم ، ولا يمكن أن يتمايز العقد المندم أشد اعداداً من العقد الباطل بطلاناً مطلقاً إذ لا تمايز في الاعداد . وأما أن التفريق بين هذين النوعين من البطلان غير ذي فائدة ، فلأن أحكام لعقد الباطل بطلاناً مطلقاً هي عين أحكام العقد المندم : كلا لعقدين لا يمنع أثرهما . ولا يلحقه الأجرة ، ولا يرد عنه التقادم . وبواقع من الأمر أن التفريق بين الاعداد والبطلان لمطبق خلقه الفقه العربي في مسألة عقود واح ، إذ بدأ هذا الفقه تفريغ قاعدة أساسية هي ألا يحل في عقود واح دون نص تشريعي يستند إليه هذا البطلان ، وذلك صيربه لهذا العقد الحظير من اضطراب واقع . فما لثت حالات بطلان أن قامت في عقود واح ، وهي حالات لا شك فيها ولكن لم يرد في شأن نص تشريعي كما كان حال واح من حسن واحد وكما إذا نولى العقد من دست له صفة سميّة في نويّه . نحن اليوم ندرس بطريقة اعدام العقد نقطة هذه الحالات ، فإذا كان عقد واح واقع بطلان ولكن لا يوجد نص تشريعي يستند إليه هذا البطلان ، فهل أن العقد مندم وليس باطلاً حسب . وكان الأولى عدم لتقدير القاعدة بصفه التي تقضي بأن البطلان في عقد الروح لا يكون بعد نص تشريعي ، أو في التحليل فصر هذه القاعدة على عقود واح في ضيقه ، غير طعنة العقود التي سجلت في دائرة المعاملات المالية . فإذا سمحنا أن التفريق بين الاعداد والبطلان المطلق لا أساس له ، حصل لنا ، بدلاً من التقسيم الثلاثي للبطلان وهو لتقسيم الذي تقول به النظرية التقليدية ، تقسيم ثنائي يدرج فيه الاعداد في البطلان المطلق ، فيكون العقد المندم بالبطلان إما بطلاناً مطلقاً أو باطلاً بطلاناً نسبياً

وهناك من الفقهاء من يذهب ، على التقصير عما تقدم ، إلى مهاجمة النظرية التقليدية . لا من جهة أن التقسيم الثلاثي غير ضروري وبكفي أن يحل محل التقسيم الثنائي ، بل من جهة أن هذا التقسيم الثلاثي غير كافٍ فهو تقسيم صيق جامد لا يتبع مختلف حاجات ، ويدعى أن يكون مراتب التخلل مدرجة في غير حصر دون قصرها على مراتب ثلاث وأصحها ما لا أي يقولون أن القانون عين شرطاً متعدد حتى ينتج آثاراً متعددة ، وكل شيء من هذه الشروط يتضمنه القانون بوفاء بغير صريح ، فإذا خالف ذلك عقد بطلان في الناحية التي تقابل هذه الشروط . فتعدد وجود التخلل وتقسيم مراتبه في غير حصر ، تبعاً لاعتراضات في وجودها القانون ، مما يفرض في مروه هـ- أ- أن ، وفي أنه من المستبعد بعض مبادئ التخلل على انحصار القواعد التقليدية . كما في حالة وجوده أو عدمه فإنه لا يترتب فيه شرط شكل . وكما في شروط مع مثل أمير ويمكن إيجاده في المثل وهو أحق عن العقد . وكما في بطلان عقد الشراكة الذي يستوفى شكله مع عدمه . أن تمنع الشراكه بهذا التخلل على الم . لأن هذه الحالات الخاصة لم ما يفسرها تفسيراً عاماً ، وهي لا تسويع بعض القواعد السابقة لمسقة في التخلل بل هي عليها قواعد بعض التخلل ما لم يستلزم مراتب مخصوصة ، فتزعم استقراء النصوص .

رد المطالبة إلى مرتبة واحدة :

وإذا كان لابد من تقسيم التخلل إلى مراتب منهجة ، فلو فرض عند التقسيم الثلاثي الذي تقوم به النظرية التقليدية جزء من ثلث قواعده البطلان في غير ثبات ولا استقامة . وجزء من التقسيم الثلاثي التقسيم الثنائي إلى عقد باطل بطلاناً مطلقاً وعقد باطل بطلاناً نسبياً ، لما قدمناه من عيب التفريق بين العقد المعدم والعقد البطلان بطلاناً مطلقاً .

بل حيز من التقسيم الثلاثي والتقسيم الثنائي معاً من ناحية المصالح المحررة

ونص في النظر عن مقتضات اجبته في موبنة حقن الطلاق جميعه
مرسه واحدة لا هي مرسه 'إعلان المطلق' ذلك بأن العقد
الصلح 'إعلان' نسبي يمر كما سبى عن موبنة : (١) مرحلة الأولى (١) من
أن عن مصره موبنة واحدة أو بالاعمال ويكون له في هذه المرحلة وجود
قانونى كامل ويصح كل لأن له موبنة حتى كانت تترتب عليه وثبات صحيحاً .
(والمحلة الثانية) وفيها 'العقد' أحد نصين : (١) فاد أن يلحقه الأحاد
أو في شدة أو في 'إعلان' ونسب 'العقد' صحيحاً شتى جميع آثاره .
فلا يجوز من 'العقد' الصحيح (٢) وإما أن يقرر 'إعلانه' .
فمصره واحدة من 'إعلان' جمع الآثار المصونة إلى أنشأه
وتكملة له كما فلا يجوز فبقى 'العقد' باطل
مستقلاً فاعقد كما لا بعد في أن يكون
عقد صحيحاً حققة واحدة أو بعد أو عقد 'إعلان' باطل
مستقلاً أو أو بعد عن الدوام وبما عقد باطل
بطلاناً 'إعلان' أو واقع من أن 'إعلان' نسبي ليس شيئاً
مستقلاً من 'إعلان' وما هو إلا منسب عن حالة
عقد على مقتضى ذلك فقول أمره في انشائه إلى الصحة
التي 'إعلان' نصي ومن ثم إلا واحد من 'إعلان'
هو 'إعلان' المطلق مدح فيه 'إعلان' نسبي كما ادعى لا بعد . . .

و أن في مؤلفاته 'إعلان' (١) ص ٦١٨ هامش رقم ١٩
في هذا الصدد ما دى : 'إعلان' ثلاث أحوال 'العقد' مستقلة بعضها
عن بعض الآخر صحة و'إعلان' نسبي و'إعلان' لمطلق بل لا يوجد
إلا حالتان الصحة و'إعلان' المطلق والعقد الذي 'إعلان' نسبياً هو عقد
قد يمر على هاتين الحالتين واحدة بعد الأخرى فهو متميز عن العقد الصحيح
الذى لا يمر إلا على حالة الصحة وتميز عن العقد الباطل 'إعلاناً' مطلقاً الذى
لا يمر إلا على حالة 'إعلان' ولكن إذا كان 'العقد' الباطل بطلاناً نسبياً متميزاً

على هذا النحو . فالعلان للنبي عنه يس حالة قائمة بذاتها بين الصحة والعلان المطلق .

تأصيل البطلان — المردع إلى القسم الثاني :

على أن رد أنواع الععلان كلها إلى الععلان المعلق إذ كان يصح المصنوع القانوني . فهو لا يبرأ لصحة العقد لصحة البطلان وما هو وجهه من حالات منه يرد مقتضى شئ من أنواع والأولى من وجهه لصياغة القية الرجوع إلى القسم الثاني . ويكون العقد أصلاً أصلاً مختلفاً أو أصلاً أصلاً فاسداً . أو كما يقول بعض المذاهب يكون العقد أصلاً أو فاسداً للإبطال . وتقع عند هذا القسم الثاني . على أن يكون فصله .

فالعلان إما أن . جمع بين عقد وشكك أو في ذات موضوعه فإذا كان إعلان جمع بين عقد وشكك . كان العقد سكتاً متى لا يقوم فيه ركناً لشكل أصلاً . ولكن العقد الذي يحذف فيه امر من إحدى ركبي يرد له بموجب من وراء الشكل حيث أن الشكل إنما هو من صنع القانون . فله يرد له متى يرد له الحرف المكاني في حالة الإحلال . وقد يجعل العقد متى يستوفى شكل شروط أصلاً لا يلحقه لاحاد . وقد يسمح بإحلال مكاني همة صفة شكلاً (٤٨٩ مدني) وكما في شكك الثاني لا تستوفى شكل لشروط (٥٠٦ مدني) . وقد يجعل اشكال من امر واحد يجب يقين أن يستوفى . في ذلك من شروط . كما في شركات التقد من والموصية فاشكال كما قدمنا من حق القبول . صيغة على عنه . وتقدم على انقال إحدى جهته . ونحن في هذه لدائرة وحده . دائرة الععلان لعدم استعمال اشكال المتبوع . تتشبه مع التقدير فروع من تب الععلان في غير حصر .

أم إذا رجع إلى اعتبار موضوعه . فيها بعدد التحكم . وعن التأصيل عن طريق تحليل عناصر العقد .

وحدو البصه من العيوب مما شرط للصحة في ركني القراض . وقد حث شرط
 منهما . فإن لم لا يجمع من أن العقد ينفذ ما دام قد استوفى أركانه وما دامت
 ألا كان قد بواوات فيه لشروط الواحدة . ومتى انعقد العقد . نسبت عليه
 آثاره للحاز . فيمكن أن انعقد بمقتضى لأهليه . أو لعقد انتهى شأن
 بمصادره يجب . يكون من حقه أن يحميه لهانون . إذا هو طلب منه اجزائه .
 فيه وحده أن يجب . طال لعقد كما له أن يحوزه . وفي طلب الأمان أو
 لإجارة . مع العقد ويرتب عليه جميع آثاره . وقد طال لعقد . كانت مدة
 معيه . يسطر حقه . تنفذ في طلب لعقد . واسم . وهو في . يتساح
 آثاره كما لو كان عقد صحيحاً . من الدائنة . ذلك أن حتى لو قد في . طال لعقد
 هازله . و قد يكون لأحويه مصلحة عامة . من حازه مصلحة له . وقد أحصاه .
 من غير . من نفس أو د شت . صاه من عب . فمن العقد
 أن يكون نفسه لأهله . من نفسه لهانون من اجزائه . فإذا هو . ينشئ . فمن
 العقد أو أنه قد . أن عن حقه . فالحاز . وفي الخلق
 لا يكون في صحة أي حميه لهانون .

ويخصص لما من نصيب استللا على هذا النحو أن القسم ساقى للطلال
 هو لتقسيم . متى يجب أن ينفذ . فيكون لعقد المنته . بالطلال إم
 عقداً باطلاً وإما عقد فعالاً للإبطال .

المطلب الثاني

تميز الطال عما يقاربه من العظم

النظم القانونية المقارنة للطلال :

ونظام الطال يقاربه في القوانين نظم أخرى ذكر منها أربعة :

(١) جوار الرجوع في العقد يراثة أحد العاقدين . فيسقط العقد . هذا
 الرجوع من جانب واحد . وهذا ما يعرف في لغة الإسلامى بالعقد غير اللازم .

(٢) عدم سريان العقد في حق الغير . فيدفع العقد آثاره فيما بين العاقدين ، ولكنه يكون موقوف الأثر بالنسبة إلى الغير . فإذا ما أقره الغير بعد في حقه . وهذا يقابل في حدود معية العقد الموقوف في العقد الإسلامي

(٣) مسح العقد أو إمساخه . فيتولى القضاء إسعاد العقد . أو يسقط حكم الانعاق أو القانون . بإذاعته من نشوئه صحيحاً منذ البداية . وأقرب مثل يقابل ذلك في الفقه الإسلامي هو العقد عند ما يفسح أو يفسخ بحيار الغيب .

(٤) الشرط الفاسخ والشرط الواقف . وينترب على الشرط الفاسخ تعليق مسح العقد على تحقق الشرط . كما ينترب على الشرط الواقف تعليق نفاذ العقد على تحقق الشرط . ولعل حذر الرؤية في العقد الإسلامي قرب من الشرط الفاسخ وحيار الشرط فمثل شرط الواقف .

وإذا كانت هذه الاصطلاحات تتلاقى مع نظام الإعلان في أن العقد في كل من حال ونشوء آثاره . فإن نظام الإعلان يختلف عنها من وجوه مختلفة . تجمع في الغالب إلى أن العقد في نظام الإعلان قد نشأ منذ البداية معتلاً . أما العقد في النظر الأخرى فينبعث صحيحاً . بحيث يحسن تقديره بأنها وبعدم الإعلان . عن ضربين : سراعها في نخالة سريعة لتعرف على عموماتها . وبلا حظ منذ الآن أن نظرية الإعلان في العقد الإسلامي . وهي النظرية التي سطرها سطره الإعلان في العقد العربي — تسع حتى سدرج تحتها كل هذه النظم .

جواز الرجوع في العقد بإرادة أحد العاقدين :

فيقول لعقد ، قبل أن يفسخ . بالتحلل (dissolution) . والحق للعقد غير بطلانه (annulation) . كلاهما رواه للعقد (rescission) . ولكن الإبطال يرد على عقد نشأ صحيحاً من بعد بأثر رجعي أو دون أثر رجعي . أن الإبطال

فقد عني عقد نشأ غير صحيح ثم بطل أثر رجعي في جميع الأحوال . والعقد ، في حالة الإبطال وفي حالة الانحلال ، أثر رجعي . لا يؤول حسب . من يعتبر كان لم يكن .

وسحب العقد من انقضاءه (extinction) من وقبل انتهاء في بعضه في بعض الأحيان ، بأعاق الطرفين ، وهذا هو التقابل أو الإزالة (resiliation conventionnelle) . وقد يحل عن طريق الرجوع فيه بالإرادة المنفردة لأحد العاقدين . ويسمى هذا إلغاء العقد بإرادة منفردة . (resiliation unilatérale) . وهذا الإلغاء هو الذي نعني هنا . (revocation)

فقد يجعل القانون لكل من العاقدين الحق في أن يستعمل بإلغاء العقد ، أو يعمل لأحد العاقدين دون الآخر الحق في هذا الإلغاء . ولا يكون للإلغاء في جميع هذه الأحوال أثر رجعي .

١ . مثل العقد الذي يحق لكل من العاقدين أن يسقط بإبعائه : (١) الوكالة ولشركة غير محددة المدة والعارية والودعة . وفي هذه العقود يجوز لكل لعاقدين بمحض إرادته إلغاء العقد قبل انقضاءه . (٢) الشركة محددة المدة . وفي هذا العقد يجوز لكل من العاقدين الخروج منه ولكن بالتقاضي . (٣) الإيجار وعقد العمل إذا كانا غير محددي المدة . وفي هذين العقدين يجوز لكل من العاقدين إلغاء العقد ولكن بعد إخطار وانقضاء مدة معينة .

(١) في وكالة يجوز لكل في أي وقت أن يسقط الوكالة (٧١٥ م مدني) . كما يجوز لكل أن ينزل في أي وقت عن التوكيل (٧١٦ م مدني) . وفي الشركة غير محددة المدة يجوز لكل شريك أن يسحب من الشركة على أن يعلن إرادته في الانسحاب إلى سائر شركاء قبل حصوله . وألا يكون انسحابه عن غش أو في وقت غير لائق (٥٢٩ م مدني) . وفي العارية يجوز المستعير أن يرد الشيء المعار قبل انقضاء العارية (٣٦٤٣ م مدني) . كما يجوز للغير أن يطلب إنهاء العارية قبل انقضاءها في أحوال معينة (٦٤٤ م مدني) . وفي

الودعة تحت على المودع عنده أن يسلم الشيء إلى المودع بمجرد ظنه إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع عنده . والمودع عنده أن يرم المودع بسلبي الشيء في أي وقت إلا إذا ظهر من العقد أن الإجل عين لمصلحة المودع (٧٢٢ مدني)

(٢) وفي الشركة محددة المدة يجوز لأي شريك أن يطلب من مقصاء إخراجها متى سدد في ذلك إلى أسباب معقولة . وفي هذه الحالة تنحل الشركة ما لم يتفق باقي الشركاء على استمرارها (م ٥٣١ مدني) ، وهذا الإلغاء يتم بالتراضي .

(٣) وفي الإيجار غير محدد المدة يجوز لكل من العاقدين أن يهي الإيجار ما يقضاء فترة من الفترات المعبية لدفع الأجرة . بعد التمسك على العاقد الآخر في مواعيد منها انقائون (م ٥٦٣ مدني) ، وهذا الإلغاء بعد إخطار في مدة معينة و يقضاء هذه من الفترات المعبية لدفع الأجرة . وفي عقد العمل غير محدد المدة يجوز لكل من المتعاقدين أن يصح حدا ملاءمة مع المتعاقد الآخر ، ويجب في استعمال هذا الحق أن يسبقه إخطار ، وصريقة الإخطار ومدة بينهما لقوانين الخاصة (م ٦٩٤ مدني) وهذا الإلغاء تم بعد إخطار واقضاء مدة معينة .

ب - ومن أمثلة العقد مدني حق لأحد العاقدين من الآخر أن يستق بالغاثة : (١) استوفيه ، وفيها يجوز ب' نعم أن لمعي لعقد قبل انقضائه بمحض إرادته . (٢) أهـ . وفيها يجوز ب' سحب الرجوع في الهبة وسكن بالتراضي أو بالتقاضي . (٣) الفرص وعقد الدخل الدائم وعقد التأمين على الحياة ، وفي هذه العقود يجوز لأحد العاقدين من الآخر إحياء لعقد ولكن بعد إخطار واقضاء مدة معينة .

(١) وفي لمقاولة لرب العمل أن يتحلل من العقد ويقف التمسيد في أي وقت قبل إنتمائه ، على أن يعرض المقاول على جميع ما أنفقته من المصروفات

وما أنجزه من الأعمال وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العس (م ٦٦٣ مدى).

(٢) وفي المادة يجوز للوهاب أن يرجع إذا فسد الموهوب له ذلك ، فإذا لم يصح جاز سواها أن يطلب من القضاء الترحيص له في الرجوع متى كان يستند في ذلك إلى غير مقبول ولم يوجد مانع من الرجوع (٥٠٠ م - ٥٠٣ مدى) ، وهو بالإلغاء ثم بالراضى أو بالتراضى .

(٣) وفي الفرص إذا انفق على العوائد كان لمدبر إذا انقضت ستة أشهر على الفرص أن يعلن رعيته في إلغاء العقد ورد ما اقترضه . على أن يتم الرد في أحسن لا تجاوز ستة أشهر من تاريخ هذا الإعلان . وفي هذه الحالة يلزم المدبر أداء الفوائد لمسححه عن ستة الأشهر التالية لإعلان (٥٤٤ م مدى) ، وهذا بالإلغاء يتم بعد إعلان وانقضاء مدة معه مع شروط أخرى . وفي عقد الدحل الدائم يجوز استدال الدحل في أى وقت شاء المدبر بعد انقضاء ستة على أعلانه الرعية في ذلك (٥٤٦ م مدى) . وهذا أيضا يتم بالإلغاء بعد إعلان وانقضاء مدة معه . وفي عقد التأمين على الحياة يجوز مؤمن له انقضى الترم بدفع أقساط دورية أن يعلن في أى وقت من العقد بخطر كسبه في سله إلى المؤمن من انتهاء فترة الحياة . وفي هذه الحالة يرأ دمه من الأقساط اللاحقة (٧٥٩ م مدى) . ويجوز له أيضا متى كان قد دفع ثلاثة أقساط سوية على الأقل أن يصح التأمين بشرط أن يكون الحادث يترأ المؤمن منه محقق وروبح . هذا ما ذكره بكنة موقفا (٧٦٣ م مدى) . وهذا بالإلغاء بعد بخطر كسبه و بعد انقضاء فترة من فترة التأمين ، والتصفية لا تكون إلا بعد انقضاء ثلاث سنوات دفعت أقساطها .

عدم سريان العقر في من الغير :

قد تكون العقد صحيحا بفتح أثره فيما بين العقدين ، وكسبه لا يبرى في حق الغير ، من ذلك .

(١) البيع في مرض الموت صحيح بين العاقدين ، ولكن لا يسرى في حق الورثة فيما يتجاوز ثلث التركة ، ذلك أن الورثة يعتبرون من الغير في تصرفات مورثهم خلال مرض موته فيما يريد على ثلث التركة ، فإن أجازوا التصرف بعد ولا سقط .

(٢) تصرف المدين المعسر في ماله إصراراً بحقوق دائنيه صحيح فيما بين العاقدين . ولكنه لا يسرى في حق الدائنين إذا طعنوا في هذا التصرف بالدعوى البولية .

(٣) لعقد الحقيق في الصورة صحيح فيما بين العاقدين ، وكفه لا يسرى في حق الغير . والغير هنا هم ابداتون والخلف الخاص لكل من العاقدين إذا كانوا احميين ووجود هذا العقد ، ولم في هذه الحالة أن يسلكوا بالعقد الصوري .

(٤) التصرف غير المسجل في العقار صحيح فيما بين العاقدين . ولكن لا يصح به على الغير . والغير هنا هو كل من كتب حقا عينا وجب الشئ على هذا العقار .

(٥) العقد غير ثابت التاريخ صحيح في ذاته غير ثابت على العاقد . ولكن هذا التاريخ لا يمتنع به على الغير . والغير هنا هو الخلف الخاص للعاقد ، الدائن الخارجي .

بل قد يكون لعقد قابلا للإبطال فيما بين العاقدين ، وهو في الوقت ذاته لا يسرى في حق الغير . بل ذلك بيع ملك الغير ، فهو قابل للإبطال فيما بين النافع والمشتري لمصلحة المشتري وحده ، ثم هو لا يسرى في حق الغير وهو هذا المالك الحقيق . وقد يحجر المشتري لعقد ، فيرول البطلان ويترق عدم السرمان . وقد يقر المالك الحقيقي العقد . فيرول البطلان وعدم السرمان في وقت واحد (١) .

(١) ويصل ببيع ملك الغير محاوره نائب للحدود الرسومه لنباته ، فلنائب اذا حاور حدود النباه لا تكون له ولاية في التصرف . وهذا تصرف

ويتبين ١٤ تقدم : (١) أن الغير في الأمثلة التي قدمناها ليس له مدلول واحد . بل يختلف مدلوله في مثل عنه في المثل الآخر . (٢) أن عدم سر بان العقد في حق الغير شيء والاطلاق شيء آخر . ولكل منهما نطاقه الخاص . فقد يكون العقد صحيحاً وغير سار في حق الغير ، كما قد يكون مشوباً بالاطلاق وغير سار في حق الغير في وقت واحد وقد رأينا ذلك في بيع ملك الغير . (٣) أن هاتين الفئتين لأحد (confirmation) والإقرار (ratification) فالإحادة تصدق في العقد القابل للإبطال من العاقد لدى تقرر الطلاق لمصحته فيقبل العقد صحيحاً . أما الإقرار فيصدر في العقد غير الساري في حق لغير من هذا الغير نفسه فيصبح العقد سارياً في حقه

فصل في الغفر والتفاهم :

لفرق بين الغفر والتفاهم أن الغفر يرجع إلى عيب في ركن من أركان العقد ، أما في التفاهم فإن العقد سليمة مستوفية لشروطها ، فبشأن العقد صحيحاً ، ثم لا يبعد أحد العاقلين أنه أنه يفصح "عقد أو يفصح بغير رجعي ، فسيبب أثر التفاهم في وقت نشوء العقد .

وبذلك لا يكون المسح . لا للعقد المبرم بحاجتين . هي كل عقد مبرم لأحاديين ، كالبيع والإيجار . فإنه يقيم أحد العاقلين بتفاهم أنه ، فهو يسلم

كان في مركز البيع ملك الغير . والأصيل هو الغير ، له أن يقرر التصرف مسبقاً في حقه ، لا غيره فقط . وتعاهد الشخص مع نفسه هو محاوره بحدود النيابة المرسومة . فإذا وكل شخص شخصاً آخر في بيع داره ، ثم جاز للوكيل أن يسرى الدار لنفسه . إذ يحاور بذلك حدود الوكالة ، فالمعروض أن الموكل لم يدخل في حسنة عند الوكيل أن الوكيل يسرى الدار لنفسه . ولكن يجوز للغير وهو هو الموكل أن يقرر بيعه .

ونلاحظ أن التصرف في الحائس المعدم لا يحكم باعتباره عملاً بالإبطال ، إذ لم ترد نص في هذا المعنى كما ورد في بيع ملك الغير . والاولى اعتباره تصرفاً موقوفاً على عرار التصرف الموقوف في الفقه الإسلامي .

البائع مالا مبيع أو لم يسلم المؤجر العين المؤجرة . كان للعاقدة الآخر أن يطلب فسخ العقد . فإذا حكم القاضي بالفسخ ، يحل للعاقدة الآخر من الثمن : المشتري من دفع الثمن ، والمستأجر من دفع الأجرة . ولا بد في فسخ العقد من صدور حكم به فالحكم ميثاق للفسخ . ويكون للقاضي سلطة تقديرية في الحكم بالفسخ . فقد يرى ألا يحكم . وأن يعطى العاقدة المتأخر مهلة لتنفيذ التزامه . أما لعقد القابل للإبطال فيطل هو أيضاً بحكم القاضي . فالحكم ميثاق للإبطال . ولكن ليس للقاضي سلطة تقديرية في إبطال العقد . بل لابد أن يعطى بالإبطال متى طلب العاقدة ذو المصلحة ذلك .

على أن هذه السلطة التمهيدية التي يمنحها القانون للقاضي في فسخ العقد قد تعدد إذا اتفق العاقدان بشرط فاسخ صريح على أن العقد يعتبر مفسوخاً من تلقاء نفسه إذا لم يتم أحد العاقدين تنفيذ التزامه . فقد ذلك بنحو على القاضي أن يحكم بفسخ العقد . ولكن الحكم هنا لا يراد ميثاقاً للفسخ .

فإذا لم تكن هناك حاجة إلى الحكم . بأن وجد في العقد شرط فاسخ صريح يقضي بأن العقد يعتبر مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم . فقد ذلك بفسخ العقد بحكم الاتفاق إذا لم يتم أحد العاقدين تنفيذ التزامه وقد بصطر لعاقدة الآخر إلى الحصول على حكم لتقرير أن العقد مفسوخ إذا مارع العاقدة الأول في ذلك . ولكن هذا الحكم لا يكون ميثاقاً للفسخ بل يكون كاشفاً عنه .

وبفسخ العقد أيضاً من تلقاء نفسه وبحكم القانون إذا أصبح تنفيذ التزام أحد العاقدين مستحيلاً بسبب أخنى . فقد ذلك بفسخ هذا الالتزام لاستحالة تنفيذه . ويسقط الالتزام المقابل لارتباطه بالالتزام الأول . فيحل العقد من هذا الطريق . ويعتبر مفسوخاً دون حاجة إلى حكم إلا للكشف عن أن العقد قد انفسخ . لا لإنشاء هذا الفسخ .

الشرط القاسح والشرط الواقف :

الشرط القاسح هو أمر مسموع غير محقق أو قوع ، يتوقف على وقوعه روال الالتزام . فإذا وقع شخص داراً لأرملة إنه لتسكن فيها مع أولادها ، وعلق الهمّة على شرط قاسح مشروطاً أن يفسح أهبة إذا هي روجت ، فاصداً سلك أن لا يحملها على عدم بروج حتى إذا تحقق الشرط القاسح وتزوجت صحيحه . ولكنها رول باثر ، حتى إذا تحقق الشرط القاسح وتزوجت الموهوب لها . وقد زالت الهمّة باثر رجمي . لا لأنها باطلة أو قابلة للإبطال . بل لأنها علقّت على شرط قاسح وقد تحقق الشرط .

والشرط الواقف هو أمر مسموع غير محقق الوقوع ، يتوقف على وقوعه بعد الالتزام . فإذا باع شخص سلعة لشخص آخر ، وعلق المشتري البيع على شرط واقف هو أن يهرب السلعة في رصاها ، فهذا بيع صحيح ويسمى ببيعاً بشرط الحرية ، ولكنه رول باثر . حتى إذا . بتحقيق الشرط الواقف . حارب المشتري السلعة فلم يربصها . وقد زال البيع باثر رجمي ، لا لأنه باطل أو قابل للإبطال . بل لأنه علق على شرط واقف ، وبتحقق الشرط .

وقد يكون شرط التحريم في السلعة شرطاً قاسحاً إذا قصد العاقدان في ذلك . فيكون الاتفاق بينهما على أن البيع يفسح إذا لم تنص المشتري السلعة بعد تجزئتها في مدة معينة .

وقد نصت المادة ٤٢١ من التقنين المدني المصري على بيع للحرية في حاشي الشرط الواقف والشرط القاسح على النحو الآتي : « ويعتبر البيع بشرط للحرية معلقاً على شرط واقف هو قبول المبيع . إلا إذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط قاسح » .

المطلب الثالث

الآثار التي قد تترتب على العقد المنقسم بالبطلان

الآثار المرضية والآثار الأصلية :

العقد الباطل ليس تصرفاً قانونياً ، إذ هو كعقد لا وجود له ، ولكنه يوجد كواقعة مادية . وهو بهذه المثابة قد ينتج أثر قانونياً ، ليس هو الأثر الأصلي الذي يترتب على العقد باعتباره تصرفاً قانونياً ، بل هو أثر عرضي يترتب على العقد باعتباره واقعة مادية .

على أن العقد الباطل قد ينتج في حالات استثنائية أثره الأصلي باعتباره تصرفاً قانونياً ، وهذا شذوذ تقتضيه ضرورة استقرار المعاملات وطوراً ، بحسب حمايته حسب اليه .

ولعقد القابل للإبطال إذا تقرر ، بطلانه انعدام صفة الدانة ، وصار همه والعقد الباطل بمرلة سواء . فإذا قلنا العقد الباطل فيما نحن بصددده ، كان المقصود أن يدحض في مضمونه العقد القابل للإبطال بعد أن تقرر بطلانه .

و يتناول على التعاقب الآثار العسية والآثار الأصلية لعقد الباطل .

١٤ — الآثار المرضية للعقد الباطل

استعراضه بعصمه الآثار المرضية :

قد ينتج العقد الباطل آثاراً باعتباره واقعة مادية كما قد يمتد من ذلك برواح غير الصحيح ، فهو في الشريعة الإسلامية لا ينتج آثاره الأصلية كحق التمتع ووجوب العقة والتوارث بين الزوجين ، ولكنه ينتج آثاراً عرضية باعتباره واقعة مادية كوجوب العدة ووجوب المهر بعد الدخول وثبوت

لنسب وسقوط الحد فالعدة واجبة بعد الدخول ، والبوة ثالثة بطبيعة الأشياء . والمهر واجب بمثابة تعويض ، وسقوط الحد للشبهة لا لتمام الزوجية . وكل هذه النتائج قد ترسنت على الدخول المقترن برواح غير صحيح ، داعي عنه - ارواح . فتكون قد ترسنت على واقعة مادية لا على تصرف قانوني . وهناك من الإحراجات ما يكون باطلا ، ولكنه يندرج بعض الآثار . من ذلك صحيفة الدعوى المرفوعة أمام محكمة غير مختصة . فهي باطلة ومع ذلك يقطع التقادم (م ٣٨٣ م دى) . ومن ذلك أيضا العطاء اللاحق في المزايدة بسقط العطاء السابق ، حتى لو كان العطاء اللاحق باطلا (٩٩٠ م دى) . ومن أهم الآثار التي يندرجها العقد الباطل آثارا يستخلصان من نظريتين معروفتين . أحدهما نظرية انتقاص العقد . والأخرى نظرية تحول العقد .

انتقاص العقد :

نصر المادة ١٤٣ من التفسير المدون المصري على أنه : إذا كان العقد في شيء منه باطلا أو قابلا للإبطال . فهذا الشيء وحده هو الباطل . إلا إذا كان أن العقد ما كان لستم يغير لشيء الذي وقع باطلا أو قابلا للإبطال . فسقط العقد كله .

ومن ذلك يرى أنه يجب أن يكون هناك عقد باطل في أحد أجزائه دون الأجزاء الأخرى . لأنه لو كان باطلا في جميع أجزائه لما كان هناك وجه لانتقاصه . فإن أي حرم منه يبنى بعد الانتقاص يكون باطلا ، وإلما قد يكون هناك محل لنحوه إلى عقد آخر صحيح كما سبى . ومن ذلك أيضا يرى أن العقد المنتقص يندرج أثرا أصليا لا أثرا عرسا . وينتجه باعتباره نصا قانونيا لا باعتباره واقعة مادية . وإلما ذكرناه هنا لأنه لا يندرج أثرا أصليا كاملا ، بل أثرا أصليا منتقصا .

مثل انتقاص العقد قسمة أعيان بعضها موقوف وبعضها مملوك . فتقع

القسمه فيما يتعلق بالموقوف ، صله . وسعى صححه فيما يتعلق بالمدنوك ، وهذا ما مددت من يطعن في القسمه كلف أهما ما كان لثم في المدنوك دون الموقوف .
 وليس من ذلك أن القاعدة التي نقضت أن وجود شرط ، حل في وصيه محل الوصيه كلها إذا كان هو الدافع إلى التصرف ، أو يطل وحده إذا لم يكن هو الدافع ، مدخل في نطاق فاعده انتقاص العقد . ذلك أنه إذا كان الشرط الراض هو الدافع . فإن التصرف وشرطه يكونان غير قابلين للتجزئة ، ويسقط التصرف كله ولا نحو انتقاصه . أما إذا كان الشرط لاطل ليس هو مدافع إلى التصرف فإن التصرف يكون قابلاً للتجزئة فيجوز انتقاصه .
 ويدخل في نطاق هذه فاعده أيضاً ما يشترط فيه القانون أن يقف عند رفر محدوده على أن ينتقص ما يريد على هذا الفر . كالإتفاق على البقاء في الشيوع . إذ كان مدته أكثر من خمس سنوات تنتقص المدة إلى خمس (م ٨٣٤ مدني) . وكعقد مريض بقوته . مد على ٧ . فتنتقص الفوائد إلى ٧ (٢٢٧ مدني) .

في من هذه الأحوال ينتقص العقد ، دام قابلاً للتجزئة . أما إذا كان غير قابلاً لها . فإن نيل أن العقد ما كان لثم بغير شفه الراض . فإن العقد يبطل بأكمله .

تحول العقد :

نص الماده ١٤٤ من نص المدنى المصرى على أنه : إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال ، ووافرت فيه أركان عقد آخر . فإن العقد يكون صحيحاً باعتبار العقد الذى وافتت أركانه . إذ بين أن بينة المتعاقدين كانت تصرف إلى إبرام هذا العقد . وهذا البصر يقرر في عبارة عامه بطرية تحول العقد ، وهى بطرية التماثية . صاعها الفقهاء الألمان في القرن التاسع عشر ، وأحد بها التقنين المدنى في نص صريح هو الماده ١٤٠ . وعلى سبيل التقنين المدنى الألمانى سار التقنين المدنى المصرى الجديد .

وتتخلص النظرية في أن التصرف الباطل قد ينطوي رغم غلظه على عناصر تصرف آخر ، فيتحول التصرف الذي قصد إليه المتعاقدان وهو التصرف الباطل إلى هذا التصرف الآخر ، وذلك بكون التصرف الباطل قد أنتج أثراً قانونياً ، لا كواقعة مادية من كتصرف قانوني ، ولكنه أنتج أثراً عصبياً لا أثراً أصلياً .

ومن الأمثلة على تحول التصرف الباطل إلى تصرف آخر ما يأتي :

(١) كميالة لم تستوف لشكل الواجب قانوناً ، فتتحول من كميالة باطلة إلى سند دين عادي صحيح ، وقد نصت على هذا المحكمة المصرية المادة ١٠٨ من لتقنين التجاري . (٢) كميالة مسجونة من قاصر يس باخر أو من ناقص الأهلية ، فكون باطلة طبقاً للمادة ١١٠ من القانون التجاري ، وتتحول من كميالة باطلة إلى سند دين عادي قابل للإبطال . (٣) شخص يتعهد تعهداً لا رجوع فيه أن يحمل آخر وارثاً له ، فيكون التعهد باطلاً لأن الشريعة الإسلامية لا تعرف عقد إقامة الوارث (Institution d'héritier) ، ولكنه يحول إلى وصية صحيحة يجوز الرجوع فيها . (٤) عقد بيع في ورقة رسمية يذكر فيه ثمن يكون ناقصاً إلى حد أنه لا يصلح ثماً ، فيكون باطلاً باعتباره رعباً ، ولكنه يحول إلى هذه صحته استوف لشكل يسمى . (٥) بنية بالإحلال أرسله المؤجر المستأجر بعد الميعاد ، ويعرض أن ميعاد التمسكه هو خمسة عشر يوماً من انتهاء الشهر ، ولا أحد الإيجار شهراً فشهراً فإذا به المؤجر ، في عشرين من شهر مارس مثلاً ، على المستأجر بالإحلال ، فهذا التمسك باطل باعتباره نفيها بنهي الإيجار في آخر شهر مارس ، فتمتد الإيجار إلى آخر شهر إبريل ، ويجوز أن يتحول هذا التمسك النازل إلى تده صحيح صدر لإنهاء الإيجار في آخر شهر إبريل ، فيعتبر نفيها بالإحلال لم يتأخر صدوره عن خمسة عشر من شهر إبريل . (٦) بيع صدر من البائع في مرض اعتقد أنه مرض الموت ، ثم شفى من المرض ، فهذا بيع مشوب بخلط دافع فكون قابلاً للإبطال ، ثم يموت البائع بعد شفائه من المرض فأركا عقد

البيع كما هو ، فتبطله الورثة على أساس العلط . فيصح أن يتحول من بيع باطل إلى وصية صحيحة (٧) إذا حكا المشتري باطل البيع ، في بيع ملك الغير . وكان يحل أن البيع غير ممنوع للمانع ، فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن نية (٤٦٨ هـ) . ويمكن القول هنا أن عقد بيع بعد إبطاله تحول إلى عقد صحيح غير مسمى . بشئ إلا ما في ذمه البائع تعويض المشتري عن عدم انتقال ملكه لمبيع إليه ١١ .

ويشترط لتحول التصرف الأصل إلى تصرف آخر احتياج شروط ثلاثة :

أولاً - اطلاع التصرف الأصلي . فيجب أن يكون التصرف الأصلي إما تصرفاً باطلاً ، وإما تصرفاً قابلاً للإبطال وقد أطل فعلاً . ولا يجوز أن يكون تصرفاً صحيحاً ، ولا تصرفاً اطلاً في شئ منه صحيح في الشئ الآخر . فإذا كان تصرفاً صحيحاً ، لم يجر أن يتحول إلى تصرف آخر كان المتعاقدان يؤثرانه على التصرف الأول ، حتى لو اطلوى التصرف الأول على عناصر التصرف الآخر من ذلك فقد رهن حارة صحيح في ورقة رسمية ، وشيئ أن كلاماً . آخر والمزمن كان يؤثر أن يكون له رهن رسمياً لا رهن حياً . فلا يتحول رهن حارة إلى رهن شيئ في هذه الحالة ، لأن رهن اختياراً ونفع صحيحاً ولا يجوز . لا تصرف لخاص . كذلك العقد الصحيح الملحق على شرط واقف أو على شرط فاسخ ، إذا تخلف الشرط الواجب أو تحقق الشرط الفاسخ سقط العقد . لا يتحول إلى تصرف آخر ، لأن العقد صحيح وأراد المتعاقدان أن يعلقاه على هذا الشرط ولا يريدان إسقاط العقد بمفعول اشترط أن يتحول إلى عقد آخر . وهذا هو الحكم أيضاً في العبد الذي لا يبرى في حق الغير إذا كان عقداً صحيحاً ، فلا يجوز أن يتحول إلى

١١ انظر في هذا الموضوع رسالته على الآلة الكاتبة " في محرمات التصرفات المالية " للدكتور أحمد بركي " جامعة هيدلبرج " ص ١٤٤ هامش رقم ٧ من هذه الرسالة .

عقد آخر . وهذا كان التصرف باطلا في شق منه صحيحا في الشق الآخر . وكان التصرف قابلا للانقسام . لم يكن هناك محل لتحول التصرف . بل لانقاصه . ويزول الحرم الباطل ويبقى الحرم الصحيح . أما إذا كان التصرف غير قابلا للانقسام . فإنه سطل بأكمله . وقد سبق بيان ذلك . وقد يكون هناك محل في هذه الحالة لتحول التصرف إلى أصل ما كونه إلى تصرف آخر . كما قد يكون هناك محل . في حاله لانقاصه . لتحول الحرم الباطل وحده إلى تصرف آخر مع استبقاء الحرم الصحيح على المحل الذي قلناه .

ثانيا - أن يدعو التصرف الأصلي الباطل على عناصر التصرف الآخر الذي يتحول إليه . فيجب أن يكون هناك تصرف آخر يتحول إليه التصرف الأصلي . ونداره بين تصرف الأصلي والتصرف الآخر ضرورة للتحول . أما مجرد تعديل لتكييف القانوني للتصرف مع ما التصرف ذاته قائما وليس تحول . كما إذا كتبت وصية خطأ على أم يبيع فتعدين لتكييف الخاصية ليس بتحولا بل هو تفسير لتكييف الصحيح للتصرف . وإذا كان هناك تصرف آخر . وجب أن تقوم به طلبة بين التصرفين تحمل التصرف الأصلي المطلوب في مجموعه على عناصر التصرف الآخر . ولكن لا يشترط أن يصح التصرف الأصلي عناصر التصرف الآخر نصفا فعلا . فالنسبة لباطل الذي ذكره أن الإيجار ينتهي في آخر مارس مطو على أن الإيجار ينتهي في آخر أبريل وإن كان لا يتصور ذلك فعلا على أنه لا يجوز أن يضاف إلى التصرف الآخر عنصر جديد لا يظوى عنه التصرف الأصلي . فإذا أضيف عنصر جديد لم يكن هذا تحولا . مثل ذلك شخص باع أرضا من آخر . وبين أن الأرض غير مملوكة للبائع . فلا يتحول العقد إلى بيع يقع على مبرل مملوك للبائع . حتى لو ثبت أن المعاقدين كما يقبلان ذلك لو علما أن لائق لا يملك الأرض . ومن ثم لا يعد تحولا ما نصت عليه المادة ١٢٤ مدني من أنه ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه معارض مع ما يقضي به حسن النية .

وبين بالاحص ما بال عقد الذي قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد . . وتطبيقاً لهذا النص ، يظن الشخص الذي اشترى شيئاً وهو يعتقد أنه أثرى من دطاً بالعقد ، إذا عرص لئان أن يعطيه الشيء الأثرى الذي قصد شراؤه . فليس في هذا تحول بيع شيء غير أثرى إلى بيع شيء أثرى (١) ، لأن البيع الذي أدخل عليه عنصر جديد لم يكن موجوداً في البيع الأول . وهو الشيء الأثرى البات ، فتختلف بذلك شرط من شروط التحول ، وليس هذا تحولاً كما قدمنا . بل هو تصحيح للعقد .

وينحس في هذه المسألة أن تشير إلى وجوب التمييز ما بين تصحيح العقد ومراجعه وتحوله وإيجاره . فتصحيح العقد يكون بإدخال عنصر جديد عليه ، يؤدي قانوناً إلى حله صحيحاً . فعرض المانع على المشتري شيء الأثرى الذي قصد شراؤه في المثل منقذ من المشتري من دطاً بالعقد كما قدمنا وإدخال العنصر الجديد للشيء الأثرى على العقد أدى قانوناً إلى حله لعقد صحيحاً . وفي الاستقلال يجوز في عقود المعاوضة أن يتولى الطرف المستعمل دعوى الإبطال إذا عرص ما يراه لقاضي كافياً لرفع العيب ، فعرض ما يكفي لرفع العيب هو إدخال عنصر جديد في العقد أدى إلى تصحيحه . وفي العيب يعتبر تصحيحاً ببيع لعنصر لم يوافق له الشخص لا تتوافر فيه الأهلية بكمه اشترى إلى أربعة أحماس ثم المثل إذا كان في البيع عيب يزيد على الخمس . ويعتبر تصحيحاً لعقد القسمة إذا كان نصيب المتقاسم المعبون ناقص من حصه إذا لحقه عيب يزيد على الخمس . وتصحيح العقد غير مراجعة القاضي للعقد . فالصحيح يكون بحكم لقابون ، أما مراجعته العقد فتكون من عمل لقاضي . والتصحيح لا يكون إلا في عقد نشأ معيلاً من البداية . أما مراجعة العقد فقد تكون في عقد نشأ معيلاً كإعص الإلزام في الاستقلال وفي عقد الإيداع .

وهو يكون في عقد نشأ صحيحا كاستكمال التراضي للمساكن غير الجوهرية التي لم يتفق عليها المتعاقدان وكإيقاع الإلزام لم رفق في نظرية الحوادث الطارئة . أما تحول العقد فهو . كما رأينا استدال عقد جديد بعقد قديم من غير ادخال أى عنصر جديد . وعدم ادخال أى عنصر جديد هو الذى يميز تحول العقد عن تصحيحه ومراجته . وأما في إجازة العقد فسنرى عناصر العقد الثابتة بالإضطرار كما هي . وفي هذا تتفق الإجازة مع التحول وتختلف عن التصحيح والمراجعة . ويسبب أيضا انعكاس التحول ذاته دون أن يحل محله عقد جديد . وفي هذا تتفق الإجازة مع التصحيح والمراجعة وتختلف عن التحول . وحلاصة القول أن كلا من التصحيح والمراجعة ينطبق العقد الأصلى ولكن يدخل عليه عنصر جديدة . والتحول لا يدخل عناصر جديدة ولكن لا ينطبق العقد الأصلى . أما الإجازة فتنطبق للعقد الأصلى ولا تدخل عليه عناصر جديدة .

ثالث - حوار التصرف بإرادة المتعاقدين المحتملة إلى التصرف الآخر
 انتهى تحول إليه التصرف الأصلى . وليس معنى ذلك أن المتعاقدين أرادا التصرف الآخر بدو حقيقته . وإلا لما كان هـ . التحولا . من كان إعمالا لإرادته الحقيقية عن صريح تفسيرها (١) . ولا يمكن على كل حال أن يكون المتعاقدان قد أرادا التصرف الآخر بإرادة حقيقية . لأشهادهم بكونها بمثابة إعلان لتصرف الأصلى حتى . بله تصرفا آخر يحل محله . وإنما هما قد أرادا التصرف لأصلى . فعليه وحده قد انصرفت إرادتهما الحقيقية . ثم تتسامح بعد

١ - ويرى على ذلك أنه لا يعتبر تحولا أن يعقب وصية سابقة وصية أخرى بخاصة . أو أى تصرف قانونى آخر باطنى فى الشيء الموصى به . ولا يمكن أن يقال أن التصرف الباطن قد تحول إلى عدول صحيح عن الوصية . ذلك أن التصرف الباطن الثانى للوصية يستلزم منه إرادة صريحة - ولكنها إرادة حقيقية . فى العدول عن الوصية السابقة . فليس الأمر هنا أمر تحول . لأن التحول لا يقوم على إرادة حقيقية كما قد يقال . بل هو استخلاص لإرادة حقيقية صريحة . انظر فى هذا المصطفى الدكتور أحمد سبرى فى تحول التصرف القانونى ص ١٨٢ - وفان الوسيط جزء أول فقرة ٣٠٦ .

ذلك . لو كان المدعى قد انصرف الى اداء المصارف الاصلية بطلانه . اكل من المختص أن يبرر انصرف الادعى قبل ان كان هذا محتملا . وقع التحول . فالتحول إذن يعمم ، لا على اداء حصة ، بل على ارادة مفروضة ، يستخلصها اقتصار مصرفها لتحويل . يستخلصها اقتصار من اعميه العملية التي يبررها التعاقدان وصول اليها ، وقد احترا لها طرقا عديدة . فلو كان هناك طريق قانوني صحيح يؤدي الى اعادة اداها كلها أو بعضها . في الممكن أنهما كما يبرران هذا الطريق القانوني الصحيح وأنهما كما يبرران سبلان الطريق القانوني الذي سلكاه . مادام الطريق الصحيح يؤدي الى العاية العملية التي قصدتها . فالعبرة إذن بالعاية لعملية لا اوسمة اقاوية . . . التحول يقع في الحدود التي تتحقق فيها نفس العاية العمدة في جوهرها عن طريق التصرف الآخر . ذلك أن إنشاء مصرف قانوني ليس في ذاته هو العاية العملية المتعارفين . وإنما هو وسيلة لتحقيق هذه العاية . ويمكن كيف يعرف المصنف على هذه العاية؟ يتعرف عليها من واقع انصرف الاصلية ومن كل الظروف المقارنة له . وما دام التصرف الآخر يحقق . كلا أو جزء . هذه العاية العملية . فإن القانون يفرض أن المتعاقدين قد أرادا هذا التصرف .

وهما يسأل مرة أخرى . متى يمتنع عن اداء هذه الإرادة؟ هناك رأيان : (١) . أي . يجب أن يكون اداء اداءه عكسيه أي إرادة تسبعت التصرف الآخر . يكفي لمرص هذه الإرادة (٢) . ورأي آخر يذهب إلى أنه لا يكفي اتمام الإرادة العكسية . بل يجب أيضا أن يعود من الظروف والقرائن ما يصبح معه أن إرادة المتعاقدين المحمية كانت تصرف إلى هذا التصرف الآخر . فإذا حصل الدائن من مدينه على كمية باطلة . وكان عمده قبل ذلك سدد عادي دلت الدين ، فالكمية الباطلة لا تتحول إلى سند عادي ، لأن القرائن دلت ها على أن غاية الدائن من الحصول على الكمية ليس هو الوصول إلى مجرد دليل بثبت الدين ، بل الحصول على إداة بالذات لها مميزات خاصة هي الكمية . فلو علم المتعاقدان بطلان الكمية وقت تحريرها ، لما

انصرفت إرادتهما لخصلة إلى السد لـ ١٠ ، إذ هو موجود عند الدأش من قبل . فلا تحول لـ كـ إلى في هـ . الحالة إلى سد عادي ، نال عر من عدم قيم إرادة عكسيه تستعد السد لعادي .

ومن كـ ١٠ أي أن هـ ١٠ من كـ ١٠ بعد الإبرة عكسة (١١) ، هـ ١٠ من يقول بوجوب الإرادة لاحتجانه ٢٠ . وهـ ١٠ رأي شئت لاكني حتى بالإرادة الاحتجانية ، من بشرط أن يكون هـ ١٠ إرادة احتجانية ، فتصرف إرادة المتعدي احتياطياً إلى التصرف ، التصرف الذي تحول إليه التصرف الظامن . وهـ ١٠ أي الأخير لا يجوز الاحتجانه ، لأن معناه أن يقع المتعديان جهال خلال التصرف الأصلي . ويصرف إرادتهما احتياطياً إلى التصرف الآخر عند تحقق هذا الاحتمال . وإرادة الاحتجانية هي ، كما نرى ، إرادة حبيبه . ويكون المتعديان قد أدر تصرفاً أصلياً الأصل . وأردا تصرفاً صحيحاً على سبيل الاحتجانه ، فيقوم تصرف على إرادة حقيقة لا على إرادة احتجانه . وهذا ما أن التحول لا يمكن أن يقوم على إرادة حقيقية ، وإلا لما كان هـ ١٠ محولاً ، فيسبب أخطاء إرادة حقيقة . ومن هـ ١٠ تحاشاً ، فمبغياً دقيقاً بين الإرادة الاحتجانية والإرادة الاحتجانية ، وكثيراً ما يخلص بهما (٢) .

وتحول لا يمكن أن يقوم على إرادة احتجانه ، وبذلك أن يقوم على إرادة احتجانه .

ومى توافرت هذه الشروط الثلاثة السابقة ، وقع التحول عند البداية ، وانقلب التصرف الأصلي إلى تصرف آخر يندرج تحت قانونه في الحال . فبذلك التحول تحت قانون لاحق لقانونه ، ولا تبتدئ مهمة

(١) انظر المذكور حمد يسرى في محول تصرف المدعى من ٩١ - ص ٩٢ و من ١٨٥ - ص ١٨٦
(٢) سبلي في الاعلان عن الارادة من ١٤ فقره ١٦ ص ٣١٩ - ص ٣٢٢
١ انظر على سبيل المثال رسالة المذكور حمد يسرى في محول التصرف القانوني ص ٩٢ و من ١٨٤ - ص ١٨٥ .

لقد قص فيه على أن يبرر أن شروط التحول قد توافرت وأن التحول قد وقع بحكم القانون . ومن ثم نُس من "الضروري" وقوله التحول حصول على حكم ذلك ، وإدارعت دعوى في أن يكون مكشفت عن أن التحول قد وقع ، وبحول للقاص أن يحل في قول من لقاء نفسه دون حاجة أي طب من الخصوم .

٢٥ - الآثار الأصلية للعقد الناص

ما الذي يبرر أنه ينزب إلى العقد الناصل آثاره الأصلية :

قد ثبت لقانون في بعض الحالات على العقد - من آثاره الأصلية - لا ، عتباره ودمه ، بل اعتباره به ما هو ، فيكون هو والعقد الصحيح في ذاته واحدة . وفي هذا أحد صريح عن قواعد العامة ، يبرر أن هذه الحالات تجمع توجه عام إلى فكرة احترام التزام لاسيما إذا اصطاحب حسن نية وهدوء وجه لاستقرار التعامل .

فالتحضر مستقر أبدي أصناف له تأثير في تعاملهم بين في جملة لقانون حتى يوحى الحقيقة ، ويعود كما لو كان هو الحقيقة دائما . هذا الأصل الجوهرى من أصول قانون أبدي مدرج تحت نظرية الإرادة الصاهرة ونظرية التصرف المخرد ونظرية الضرر في تحديد غريقاتها ، عند أيضا تشتمل عقد الناصل في رب عليه آثاره الأصلية كما لو كان عقدا صحيحا .

أمثلة من عقود باطله ترتب آثارها الأصلية :

من ذلك لشركة التجارية التي لم تستوف الإجراءات الواجبة قانونا ، فإنها تقع بطلان . ومع ذلك فقد قصت المادة ٤٥ من تفصيل التجارى بأنه إذا قصى بطلان لشركة ، فإن صعيه حقوق شركة عن المعاملات التي تمت

قبل طلب الإعلان تجرى وقفا شروط الشركة أي فرض سطلانها . . . هو الحكم
 يجعل عقد الشركة المأصل مدح آثاره الأصلية كما لو كان عقدا صحيحا . ووجه
 ذلك أن لشركة التي فسخ بطلانها تعتبر في أمدتها سابقة على الحكم بالسطلان
 شركة واقعية . فسخ الآثار التي يفتقها لشركة الصحيحة . ويعتبر بعض الغير مع
 الشركة صحيحا . وعلى شركة الكاهلح ويتقدم واحد . ويقسمون ما للشركة
 طبقا لنسبة حصصهم فيها في هذا ط .

ومن ذلك ما نص عليه المادة ١٠٣٤ من التقدير المدني المصري من أنه
 ليس قائما لمصلحة الدائن من بين ' هو 'صادر من ذلك الذي قرر أن
 سند ملكته أو فسخه أو معاوذه أو والذلي سب آخر . إذا كان هذا الدائن
 حسن نية في الوقت الذي أبرمه فيه الرهن . . . وقد من هذا النص أن عقد
 الرهن الصادر من شخص لا يثبت إعقار المرهون . . . إذا أن سند ملكته قد
 أطل أو فسخ أو ألغى أو أن لا يثبت . . . من كعدمه من بطلانه فترتا
 عليه آثاره الأصلية . ومن أهمها وما حق الرهن لمصلحة الدائن المرهون .

وبعض بذلك أيضا العقد الصوري . وهو عقد لا وجود له . ومع ذلك
 يعتبر قائما بالنسبة إلى الغير حسن النية إذا تعامل على مقتضاه . وكالعقد الصوري
 تصرفات الوارث الصاهر . فإنما يبقى قائمة رعاية لاستقرار التعامل .

المبحث الثاني

أحكام العقود المتسمة بالبطلان

العقد الباطل والعقد القابل للإبطال :

قدعنا أن العقد المتسم بالبطلان إما أن يكون عقدا باطلا أو عقدا قابلا
 للإبطال . فمستعرض أحكام كل نوع من هذين النوعين .

المطلب الأول

أحكام العقد الباطل

الإجازة والتفاسم وتحرير البطلان :

العقد الباطل لا وجود له إلا من حيث لصورته أى أنه ليس به لا وجود
فعلى . فليس له وجود قانوني . ولا يملك أحد التعاقد أن يبرر الآخر على تنفيذ
عقد باطل . وإذا نفذ العقد حذره . سواء كان معناه إعلان أو لا يعلم .
كان له أن يسر . ما لم يضر ما يعقد . ونحوه المشرى البيع عقد باطل
وتصرف فيه لآخر . فإن تصرف المشتري لا يمنع البيع من سريته المبيع
من تحت يده تصرف له المشتري . أن البيع باطل . فمن للملكية
المشترى حتى يصح له التصرف . فاعقد به حين لا بد . فبطلان تصرفه
قانونيا . وإن كان البيع معص لا . سريته وقع مادية وقد صح في بعض
حالات استثنائه . الأصله عند تصديق الغير . وقد سعت
الإشارة إلى ذلك .

ولما كان العقد الباطل لا وجود له من ليد به فلا حتى إلا أن ينصر .
بطلانه . ولا يتصور أن يلحقه الأجرة . أو أن يول عطلانه التقادم .
مسحت إذن من ثلاثا . (١) الإيجاد (٢) التقادم (٣) تحرير عطلان

١٥ - الإجازة

العقد الباطل لا يلحقه الإجازة :

لعقد الباطل لا يلحقه الإجازة لأنه معدوم . والعدم لا يصير وجودا
ولو أجز . ومع ذلك نص المادة ٤٨٩ من التقنين المدني على أنه إذا
قام الواهب أو ورثته بخلاف تنفذ به اطله لسبب في الشكل . فلا يجوز .

لهم أن يستروا ما سبوه . ولكن ذلك يحتمل على أن يكون هو بديهي
الجراء على محتمل الشكل كما فهمه . فبحسب أن يحتمل العقد أصل يعيب
في الشكل قبل أن يلحقه الأحكام . أو على أن الحق لا يصب في شكل
يختلف عنه . فبما في الواجب من ورثة التزم طبيعي . فإذا قام أحد
مهم بمتبذره عند أن هو ولا لا . فبما عند لا لا لا طبيعي .

ولكن يجوز عقد من جبريد :

وإذا كان العقد لا يصب في الأحكام . فإن هذا لا يمنع من أن يكون
عقد من جبريد . وهذا فرق بين العقد من جبريد . فالإحالة
كما يرى بصرف في بولي صا . من جانب واحد هو الآخر . وهذا أحتمل
يستند من وقت يسوء عقد آخر . فمما عند من جبريد . فبما
بإزالة لأنه عقد جبريد . ولكن في ربح هذا عقد من وقت صدوره لا من
وقت صدوره . فبما عند من جبريد . فبما عند من جبريد . فبما
وقت من العقد جبريد . ويمكن أن يكون في العقد . وقت بزيادة .

٢ - التبادر

وعلى البطلان نسط بانفاد :

هذا يتعلق بقصود البطلان مستحق لا يكون ثابتاً . لأن العقد لا يصب
معدوم . والعقد لا يصب وجوداً تاماً . فبما عند من جبريد . فبما
المصري الجبريد . فبما عند من جبريد . فبما عند من جبريد . فبما
نص في المادة ٢١٤١ على ما ذكر . فبما عند من جبريد . فبما
سنة من وقت العقد . فإذا ما نص على صدور "عقد" لأصل خمس عشرة سنة
ثم رفع دوالمصاحبة دعوى "بطلان" . أمكن دفعها . فبما عند من جبريد . فبما

قد سقطت من صدور العقدة له من وعيت نهر أطولاً ، فوجب احترامها
عن طريق إسقاط دعوى الإعلان . ولكن هذا لا يمنع أن تعقد الباطل ذاته
قد يقبل صحیح . فهو لا زال باطلاً ، ولذا الدعوى بطلان لا تسع
لسمو عليها بالتقادم .

ولكن الدفع بالباطل لا يرفع الدعوى بالتقادم :

ولأن العقد له من لا يثبت صحیحاً ، فإذ من من معدوم رآه ،
والدفع بالإعلان لا يسقط بالتقادم مطلقاً ، فإذ باع شخص أرضاً ،
وكان يبيع خلا ، وقد ساء لأرض بشرى . ومضى على صدور البيع خمس
عشرة سنة ، فهو لا تسع أن . دفع دعوى الإعلان لسقوطها بالتقادم .
ولكن ما دام لأرض في مود يسمها بشرى فهو في غير حاجة إلى
رفع دعوى الإعلان . وإذا دفع بشرى دعوى على بائع ، يطالبه بتسليم
الأرض . المستطاع أن دفع الدعوى . إعلان يبيع حتى عد . بمضاء
خمس عشرة سنة . لأن دفع الإعلان لا يسقط بالتقادم .

وحتى إذا ساء بيع لأرض بشرى . ومضى على صدور البيع خمس
عشرة سنة . فإن دفع البيع أن يستر لأرض من المشتري ، لا دعوى
الإعلان يبيع فقد سقطت هذه الدعوى بالتقادم . ولكن دعوى الاستحقاق
وهي لا تسقط أبداً . فإذا عملك سترى في دعوى الاستحقاق بالبيع لأرض ،
دفع البائع إعلان يبيع . والدفع . إعلان لا يسقط . فتقدم كآياً . فيتمكن
البائع عن طريق دعوى الاستحقاق أن يستر الأرض . به يمكن المشتري
قد كتب ملكيته بالتقدم . مكس . وهو شيء آخر لا علاقة له بالتقادم
لمسقط لدعوى الإعلان . على أن ، لاحظ من أوجه العملية المختصة
أن البائع يرى نفسه بعد تقدم دعوى الإعلان ، وهي دعوى شخصية يسيرة
الإثبات . مضطراً الآن يتحمل أن دعوى الاستحقاق ، وهي دعوى عينية
أكثر تعقيداً وأصعب إثباتاً .

وكذلك المشرى إذا كان قد دفع ثمن في بيع وطن ، وأراد استرداده بعد نقضاء خمس عشرة سنة من صدور البيع ، جاز أن يسترد ، لا بدعوى بطلان البيع ، ولكن بدعوى استرداده دفع دون حق فإذا تمكك البائع في دعوى الاسترداد لسبع لأص ، دفع المشتري بصلاته ، وهو دفع لا يسقط ، فيتمكن المشتري عن طريق استرداده دفع دون حق أن يسترد ثمنه ، ما لم تسقط دعوى الاسترداد بالتقادم ، فإن انقضاء خمس عشرة سنة من وقت دفع ثمن لا من وقت صدور البيع ، وبم انقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي عرفه المشتري بحقه في استرداده ثمنه (١٨٧ هـ)

وبقيل من ذلك أن موقوف بدعوى بطلان التقادم خمس سنوات كبير ، فقد رأينا أن يقام هذه الدعوى لانتفاء البيع من استرداده المدعي إذا كان قد سلمه ولا من استنقاده ، كل سنة ، ولا يمنع المشتري من استرداد ثمنه إذا كان قد دفعه ولا من الانتفاع به دفعه إذا كان قد دفعه ، أما إذا فقد البائع حقه في استرداده المدعي ، أو ضاع على المشتري حقه في استرداده ثمنه ، فإن دلت الأبرار على تقادم المدعي لدعوى بطلان ، من إلى تقادم المكسب الحق المكسبة أو انتفاء الموطد دعوى الاسترداد .

٣٥ - تقرير البطلان

من الذي يملك بالبطلان :

سواء كان تقرير بطلان العقد الناشئ عن طريق الدعوى أو عن طريق الدفع ، فإن الذي يستطيع أن يملك بالبطلان هو كل شخص له مصلحة في ذلك ، والمصلحة هنا إذا بها حق يؤثر فيه صحة العقد أو بطلانه ، ويترتب على ذلك أن يحرر المصلحة ، دون قيام هذا الحق ، لا يكفي ولا يجوز مثلاً أن يثبت الجواز بطلان بيع صدر من حاره لآخر بحجة أن له مصلحة في

التخلص من جوار المشتري الجديد . ولا يحق تاجر أن يطلب تقرير
الآن شركة التخلص من مافستها له .

ولكن إذا كان صاحب المصلحة له حق يؤثر فيه ، بطلان العقد ، جاز له
اتسك بالتصل . في البيع لاطل يستطيع كل من العاقد أن يتسك
بالاطلان : البائع حتى يسرد المبيع ، والمشتري حتى يسرد الثمن . ودائى
كل من البائع والمشتري أنه أن يتمكوا بالاطلان . لا يحرق الدعوى غير
المباشرة تحت . أن أحد طريق مباشر . وذلك ليسر - والمبيع أو الثمن
فيسردوا عليه بحقه وبهم . وورثه كل من البائع والمشتري يتمسكون بالاطلان
المبيع أو الثمن إذا تركه . وحدث أيضا بمقتضى حق مباشر لهم . وكل شخص
ب له المانة أو المشتري حقه عند أو شخصا المنه إلى العن المبيعة بحور .
به أن يتمك بالاطلان . فالبائع من البائع يطلب الاطلاع حتى يسرد له
حق . وانه من من مشتري يطلب الاطلاع حتى يسرد الدين .
مستاجر لعين المسعة من البائع يطلب الاطلاع حتى يسرد في لعين ولو
كان عند الإيجار غير ثابت الدريع . ومساحرها من المشتري يطلب
الاطلان حتى يسرد الأجرة . كل هؤلاء يتلون الاطلاع . لأن طريق
استعمال حق مدعهم بالدعوى غير المباشرة . من بمقتضى حق مباشر لهم .

فدبر جوار لهم اتسك بالاطلان (٥) . (١١) المتعاقدان (٢) والدائى
(٣) والخلف له (٤) والخلف الخاص .

من للحكمة أيضا أن نقضى بالاطلان من نه . بها . لأن العقد لاطل
ليس به وجوب قاضى وانه لا يستطيع ، لا أن يكشف عن ذلك .

منى بجزز اتسك بالاطلان :

إذا كان اتسك بالاطلان عن صريق الدعوى . فلا بد من رفعها
في حلال خمس عشرة سنة من وقت صدور العقد . ولا سقطت بالتقادم
كاسبق القول . أما إذا كان اتسك بالاطلان عن طريق الدفع ، جاز ذلك

سبباً مذهباً من آثار حرمه أو نصبه قد ترب على العقد باطل
وأرجع كل شيء إلى أصله ، وحال الحكم يتوكل على أساس المسؤولية
التقصيرية لا المسؤولية العقدية ، إذا كان عقد يعاود غير مثله ، رد المشتري
المسح إلى البيع ، و إذا كان المشتري ، و رد المشتري المسح ثم أنه
من وقت لمادة الصيانة إذا كان حسن إليه ، وفي مقال ذلك لا بد من
المسح ، و إذا كان عن شيء ، و لا من دون ادعاء لفصاحة كماله ،
وهكذا ، و إذا كان من أحد إلى كماله ، و استمراد كل معقد
لما أعطاه ، إنما يكون على أنه من مدة ما يقع دون حتى عدل ضرر خلال
العقد ، أما إذا كان المسح في المشتري مدة و هرة ، و إذا كان المسح ، و
جمع على المشتري طمس لأحكام دفع على المستحق كما قدمنا ، كان الواجب
في هذه الحالة مستحق هذه الأحكام ، هي نفس من المشتري ، إذا كان من شيء ،
أي يعتمد أن ، و هو مستحق له ، فلا يكون مستولاً ، لا بعد ما كان عليه
من مدهم ، و من على خلاف ، و دفع في جميع الأحوال أن يسهل الجميع
سالم في واحدة أي آل إليها بعد طلب دون أن يقضى يعرض عن أسف ،
أما إذا كان المشتري ، و أنه ، أي هو أنه يستأجر مستحق ، و التزم
رد وجه البيع ، و من أجل ذلك ولا يبعد من ذلك له لأن ، و أن
المسح كان هو كذا ، و في ، و دفع

ولا يقصر أثر البطلان على علامة فيما من متعدي من عاوه
إلى غير ، و إذا رتب المشتري على غير المشتري ، و بعد احتل جماعياً ،
رهما أو حتى ، و من خلال ، و بعد ، و في البيع يستقر ، و
حاله من حقوق بعد ، و إذا كان المشتري كماله ، و المشتري من
آخر ، و في البيع بعد ، و من خلال ، و المشتري من

المطلب الثاني

أحكام العقد القابل للإبطال

فحالة أعطاهم العقد القابل للإبطال للمطام العقد الباطل :

العقد القابل للإبطال . على خلاف العقد الباطل . يند في الحان وينتج جميع آثاره . وله وجوده في سعيه بصره قانون . وفي هذه الحالة الأولى بمنزلة العقد الصحيح .

وإنما يكون لأحد للعقد حق في سب أمائه . فمما قد يقرر الإعلان لمصلحة . فإذا طلب الإبطال . وجب على المدعي حتما أن يحكم به . خلافاً لمصلحة . فبمضي سنة تدعى به في أن يحكم به . ولا يحكم كما سبق القول . ولكن الحكم . بحال العقد منسوخ . لا ككشف عنه . وهو في ذلك كالحكم المصحح . فإذا كان العقد . غير باطلاً . رجعي مدالة . وصدر منه . شبهة كإعطاءه . وانتهت جميع الآثار إلى أنتجها من قبل . وغير كذا . بغير . وهذه هي الحالة للعقد القابل للإبطال . يكون فيه بحال العقد المصحح . وفيه الإشارة إلى ذلك .

على أن الحق في طلب إبطال العقد . من يرون صاحبه عنه وهذه هي لإجارة . أو انقضاء مدة معينة . أو أن يستعمل . وهذا هو التقادم . والعقد القابل للإبطال . خلافاً للعقد البطل . بلحظه لأجارة . ويرد عليه التقادم . ثم هو يختلف عنه أيضاً في بعض الأحكام عند تقييد الإبطال .

فتناول هذه المسائل الثلاث ثلثي سق أن ما رواها في صدر العقد

الباطل .

١٤ الإجارة

العقد القابل للإبطال تلحقه الإجارة :

فقد أن إجارة الحق عقد قابل للإبطال مداه مملوكة ، لأن
 له وجود قانوني ، وإن كان لا يوجد له مداه ، فإن الحق الإجارة يستقر
 وبسبب هذا العقد هو من حيث له حق في امتلاك المثلان ، ففان
 الأهلية ومن شأن رضاه عن المثلان صدر منهما الإجارة ، وشهد بيع
 ملك الغير ، إذ صح إجارة المثل المشتري ، وهو الذي يملك المثل
 بالمثلان ، أصاح المثل الحق ، مع أنه لا يستدعي أن يتمك بطلان
 البيع ، ويعتبر على اعتباره ، كما في حقه ، وبسبب هذا الشرط دغلة لبطلان
 في بيع ملك الغير ، وهو ، كما أن هذا البيع لا يملك الملكية إلى المشتري ،
 فإن أحاط المثل الحق العقد ، بعد هذا مانع من انتقال الملكية ، فتنتهي
 علة البطلان ، فيزول ، ويجب في الإجارة أن يكون كامل الأهلية
 بالنسبة إلى العقد الذي يحبره ، وألا تنوب الإجارة ، وهي تصرف
 قانوني ، يجب من غير إرادة من عقد أو تملك أو أكره أو استغلال ،
 ومن أجل ذلك لا يصح الإجارة إلا بإرادته السب الذي قرر قانون من
 أجله البطلان ، فافهم الأهلية لا يستدعي إجارة العقد ما دام وافق الأهلية ،
 فإذا استمكن أهليته حله ذلك ، ومن شأن رضاه عن لا يكون
 إجارته صحيحة ، ما دام تحت تأثير هذا القيد ، حتى إذا انكشف الغلط
 أو افصح التدليس أو أرفع الأكره صحت الإجارة بعد ذلك .

والإجارة تصرف قانوني صادر من جانب واحد ، فلا حاجة إلى قبول
 انعقد الآخر لها ، ولا يجوز الرجوع فيها بحجة أن القبول لم يصدر

وتكون الإجارة صريحة أو ضمنية . ولا يشترط في الإجارة الصريحة
 أن تشمل على بيانات معينة ، بل كل عبارة يفهم منها الإجارة تصح ، بشرط

أن يكون به اختيار في الإجابة الواحدة. والاحارة لصمة تكون تنفيذاً
العقد من حيث من له الحق في التمسك بالسلطان وهو علمه بأن له هذا الحق ،
أو تأييده عملاً مادياً يدل على بطلان من تلك السلطان ، أو تنصيره تصرفاً
بفهم منه ، يوضح أنه أجاز العقد فنصرف البيع في أمثله إجابة صميمة مع
قابل للإبطال . وسواء المشتري على الأرض في اشتراكه العقد فإن له دليل
إجابة صميمة لهذا العقد . وسماح بقصر بعد بوعه من الإرشاد وكيه
بالاستمرار في الإجابة إجابة صميمة العقد أو كونه . واستحقاقه المهر بعد
بوعه من الإرشاد بمقتضى إيمانه بوعه وهو تصرف حاد صميمة ببيع . ولكن
مجرد سكوت عن صفة السلطان العقد لا يعتبر حاداً مهما طال المدة ، إلا إذا
سقط الحق في هذا الطلب بالتقادم .

أثر الإجابة :

وإذا أجزأ العقد المانع من السلطان حق الموعود في التمسك بالسلطان
العقد ، واستقر وجود العقد من بوعه السلطان . ومن ثم يثبت العقد
صحياً بوجهات ، ويعتبر صحيحاً من وقت صدوره لا من وقت الإجابة
لأن حادثة أثره رجوعه . ولكن هذه الثلاثة لا تكون إلا فيما بين
المتعاقدين . لا بالنسبة إلى الغير من كتب حتماً بعد على الشيء من العقد .
فإنه أن فاضراً ببيع عيباً ، وبعد بوعه من الإرشاد وفي إجابة ببيع رهن
الغير . فإن إجابة ببيع تسع بعد ذلك لا تصح لدى المشتري ، ويقتل العيب إلى
المشتري مثقلة بحق الرهن .

والإجابة لا بداول إلا لعب المقصود منه لإجابة ، فإن كانت هناك
عيوب أخرى من البائع مفتوح من أحسنه . ومن ثم إذا تعاقد فاضراً
وكان واقعاً في غلط ، وأجاز العقد بعد بوعه من الإرشاد فيما يتعلق بنقص
الأهلية . فإن الحق في إبطال العقد لمعص .

٢٤ - التقديم

الدعوى والرفع بسفطان بالتقديم :

الحق في طلب إبطال العقد يستقطب التقديم . وإذا باع فاضر داراً له ، وسكت بعد ثبوته من الإشد ثلاث سنوات - وهي مدة التقديم كما سبقت - عن طلب إبطال البيع ، لم يحرمه عدل ذلك أن يرفع دعوى بطلانه ، لأن دعوى الإبطال ركبت قد سقطت بالتقديم . وإذا رفع المشتري دعوى تسليم المالك ، لم يستطع أن يرفع دعوى بطلان البيع ، لأن البيع باطل بطلان يكون هو أيضاً قد سقط بالتقديم . ويخلص من ذلك أنه إذا انقضت مدة التقديم ، انقلب عقد القابل للإبطال صحيحاً ، ولا يلزم عدل ذلك إبطاله عن طريق الدعوى ولا عن طريق الدفع . وهكذا استقرار الوجود القانوني للعقد بعد أن كان مهدداً . وإن ، وبصريح عند في حكم النحر ، وبعد صحيحاً منذ صدوره ، إذ لم يتقدم أثر حرمي كما للإجادة لكن هناك فرقان عند لحقته الإجابة من خلال التمسك من حيث حقوق الغير فقد قدمنا أن الإجابة لا تنصرف بحقوق الغير ، أما في حال التمسك بالتقديم بحقوق الغير ، فإن ذلك أن يقع فاضر عدل ، ولا يملك عدل ، من الأشد بطلان العقد ، فتقدم التمسك بطلان وبعد البيع صحيحاً من صدوره كما قدمنا أن البيع بعد أن يقع من الإشد وقبل تقديم التمسك بطلان من على الغير بها ، ثم بتقديم ، من ملكة بعض مسرى غير مقفلة بحق الغير . وهذا عكس ما قررناه في حاله الإجابة .

وبلاحظ أن هناك وفقاً جوهرنا بين تقديم دعوى بطلان في عقد لباطن وباطنهما في العقد القابل للإبطال . فقد قدمنا أن تقديم دعوى بطلان في العقد الباطل لا يثبت العقد صحيحاً ، بل يبقى للعقد باطلاً ، ولكن دعوى البطلان هي التي لا يكون سماعها مقوضاً ، فتقدم . أما تقدم التمسك في العقد القابل للإبطال فقبل العقد صحيحاً كما رأينا سبق العقد مرئياً لجميع آثاره بوجهات .

مرة التقادم .

نص الم ١٤٠ من مصلح المدين المتدى الجديد على ما يلى .

- ١ - دى مخطا حق فى ابطال العقد بانفسه ، صا حله للاث سوات .
 ٢ - وسأ سران هذه هذه فى حالة نقص الاهليه من اليه الذى يرول فيه هذا السب ، وفى حالة العطل أو التدليس من ايوم امدى يكتشف فيه ، وفى حالة الإكراه من يوم انقضاءه . وفى كل حاله لايجوز انكسك بحق الإبطال لعطل أو تدليس أو كراه إذا انقضت خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد .

وفد كات مدة التقادم فى العقد المقابل للإلتزام فى التقنين المدنى المصرى لسبع خمس عشرة سنة تسرى من وقت صدور العقد . فرؤى فى لتقنين المدنى الجديد أن هذه مدة طويلة بلى فى حلالها العقد غير مستمر ، ومن أجل ذلك جعلت المدة ثلاث سوات فقط ، يبدأ سريانها من وقت استكمال ناقص الاهليه لأهليه ، أو من وقت انكشاف العطل أو التدليس ، أو من وقت انقضاء الإكراه . بحسب الأحوال فإذا تعطل بدء سريان التقادم مدة طويلة ، بأن لم يكتشف العطل مثلا إلا بعد أربع عشرة سنة ، فإن الحق فى إبطال العقد يتقدم فى هذه احالة بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت صدور العقد لا بانقضاء ثلاث سوات من وقت انكشاف العطل ، لأن المدة الأولى هى الأقصر ، والتقدم يكون إذن بأقصر الأجلين : ثلاث سوات من وقت روال العيب أو خمس عشرة سنة من وقت صدور العقد . ولا نكون المدة الثانية أقصر من المدة الأولى إلا فى حالات استثنائية كالحالة التى تقدم ذكرها (١) .

١١ ويلاحظ أن دعوى الانطال فى حالة نقص الاهليه لها ميعاد تقادم واحد ، هو ثلاث سوات من اليوم الذى يرول فيه نقص العلية . ولا يتقدم هذه

وقد حـ. التقين المدنى المصرى الجديد فى تقصير مدة التقادم حدود
التقصيات الحديثة . أما التقين المدنى السورى الجديد فقد أمعن ، على عرار
لتقنين السويسرى ، فى تقصير مدة التقادم ، إذ جعلها سنة واحدة ، أطر
المادة ١٤١ من التقين المدنى السورى) .

وبلاحظ أن مدة المقوط فى الاستعلاء — وهو عيب من عيوب
الرضاء — أقصر من مدة التقادم فى العيوب الأخرى ، فإن دعوى الاستعلاء
تحت أن رفع خلال سنة من وقت صدور العقد (١٢٩ م ٢ مدنى) ، فتكون
مدة المقوط فى الاستعلاء أقصر من ماحتين ، ناحية المقياس زمنى وناحية
مبدأ السريان . هذا إلى أنها مدة مقرونة لأمدة تقادم ، فلا يقطع سريانها ،

٣٤ — تقرير البطلان

منه الذى يتمسك ببطون العقد :

أبعد الم من أن يقال ، تقرير فحويه بالباطل إلا لمصلحة أحد العاقدين ،
فهما العقد وحده ، سوى العقد الآخر ، هو الذى له أن يتمسك
بالبطالان . فإن كان سبب إبطاله ينبى عن نقص الأهلية ، تمسك بالبطالان
نقص الأهلية ، وقد كوفى كل من العاقدين نقص الأهلية ، فكل منهما أن
تمسك بالبطالان ، ولا يكون عقد بطلان . خلا من بين قبلا بالبطالان .
فتصح إبطاله دون مخالفته ، تقادمه ، ولو كان لعقد باطلا لما حاد ذلك .

أما سوى بعض عيوب سنة من وقت عدم العقد ، لأن هذه احتمالا لا
نقص الأهلية ، فترفع الحجة ، بلع العقد من غير أن يفسد ، وبعد ما
تدعى بسبب النقص المدة سنة أو تكاد ، فتتقدم الدعوى أو توشك
بفادى من زوار نقص الأهلية ، فأراد المشرع أن يبقى لناقص الأهلية
مدة بعد استكمال أهلية ترفع فيه دعوى الإنطال ، وهى ثلاث سنوات كاملة
بعد استكمال الأهلية

١٣٠ فصل آخر

و إذا كان الباع هو عبث شاب إلا أنه ، فمن شاب به ، به انحبس هو
الذي يتملك ببطلاق العقد .

وفي بيع ميث غير المشتري وحده هو الذي يملك المثل .
ولا يستطيع أن يصب بغير العقد لا بالشر ولا بحلف أو لا
بحلف الخاص يقتضي حق مباشر هو ، ولكن يستطيعون ذلك بعد
دفع إلى العاقد . فليست لهم حق في صلب العقد عن طريق الدعوى
غير المباشرة .

كذلك لا يستطيع المحكم أن يفسخ بغير العقد من بقاء بسبب إذا .
بملك ، إلا أن العقد ذو مصلحة .

في بطلان العقد بالظهور

ويجب ، حيث بطلان دعوى ، دفع ، مذهب البطلان . يستط
المصادرة ، فقد ، لأنه ، في ثلاث سنوات من وقت ، وأن يجب أو خمس
عشرة سنة من وقت صدور العقد . ويجوز إيداع المدعى البطلان في أية حالة
كانت حسب الدعوى على وجه من وجه في العقد باطل .

كيف يتقرر البطلان :

فإذا كان العقد باطلًا ، فليس له وجود ، ولا يقر ، ولا
ومن ثل لا بد في بطلان من تراخي ، فالتدليس ، أما من ضمنه
المتعاقدين ، فلهذا أن تتوافر لأحد في كل وقت ، فلهذا الإجماع على
إبطال العقد ، فالحق لا ينشأ حتى يقع ، فالحق من عدمه ، دعوى البطلان
ويخص على ذلك ، حيث ، وحكم قاضي هو الذي يفسخ العقد ، أي أن هذا
الحكم هو الذي يفسخ بطلان . ولا يصح عن الكشف عنه كما في العقد
البطل ، ولكن ، رفعت دعوى الإبطال أو دفع به ، ووجد القاضي سببه

أثر تقرير البطلان

إذا بطل العقد كان باطلاً ، اعتبر كأنه لم يكن ، فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير ، فهو في هذا والعقد باطل سواء .

وبل كل أثر للعقد فيما بين المتعاقدين ، ويجب إلغاؤه كل شيء أو أصله كما في العقد لاص ، فإذا كان العقد لعل للإلغاء بعينه بطلانه . . . المشتري المبيع أو النافع ، ورد النافع أو المشتري ، على التخصيص الذي قدمناه في العقد لاص ، وإذا كان العقد لعل للإلغاء بقص أهلية أحد المتعاقدين وبطلانه ، فإن نقص الأهلية يسرد مادي تطبيقاً بقص عدائي وبماها ، أما لعقد الآخر فلا يسترد من نقص الأهلية لا مقدراً ما عاد عنه من منفعته بسبب بطلان العقد ، والأصل في ذلك فاعده عامه فإنها المادة ١٨٦ من نص المدنى المصرى فى دعوى غير المسحق ، إذا فُصل أنه وإذ إنه سوف أهلية لتعاقد ومن تسرد غير المسحق ، إلا يكون ملزماً إلا بالتقصير الذى أثر به . .

وبل كل أثر للعقد بالنسبة من غير المشتري بعقد ومن للإلغاء على من أى أثر لها حقاً عدائاً ، لكل المتعاقدين ، أو حق رقيق ، ثم أطل المبيع ، فإن النافع يسرد لعين حانية من الحقوق لغيره حتى رتب المشتري ، كما ثبت . مع المشتري لعين من آخر ، فإن النافع لأول بعد من البيع الصادر منه يسرد لعين من المشتري كذا ، وهذا عين ما قررناه فى صدر العقد الباطل .

الفرع الثاني

نظرية البطلان

في الفقه الإسلامي

تمهيد

أقسام العقد من حيث الصحة والصلان

تدرج العقد من البطلان إلى الصحة

نظرية الصلان في الفقه الإسلامي أوسع نطاقاً من غيرها في الفقه العربي . فهي تمتد إلى آفاق أوسع . ويدخل فيها العقد وعده سرانه في حق الغير وفسخه وانفساخه . بل ويدخل فيها إلى مدى محدود كل من شرطه العامح . بشرط موافق . لذلك تطول وفصلاً عند هذه النظرية أكثر مما هو الحال عند نظرية البطلان في الفقه العربي .

والعقد في الفقه الإسلامي . من حيث اتصاله وصحة . أكثر تدرجاً منه في الفقه العربي . فهو يتدرج من البطلان إلى الصحة . ثم من الصحة إلى الوفاء . ثم من الوفاء إلى الفساد . ثم من الفساد إلى عدمه . فهناك سبعة في الفقه الإسلامي أقسام خمسة . (١) العقد المأصل (٢) والعقد المفسد (٣) والعقد الموقوف (٤) والعقد النافذ (٥) والعقد المألوم .

وكل من العقد المأصل والعقد المفسد عقد غير صحيح . وكل من العقد

موقوف في عقد زاء والعقد الا ه عقد صحيح .

فالعقد صحيح عند من عقد صحيح - والعقد غير صحيح . والعقد غير الصحيح
بطلان اثره وسد . والعقد صحيح . زاء موقوف في زاول . أو زاول غير
لا

ولا كلامه في عقد زاء
في ذلك عقد صحيح
رتب آثاره كاملة إذا كان نافذاً لازماً .

فمن ذلك نفسه أو غيره
عقد صحيح

العقد الباطل

من ركن العقد ص حقه به في عقد في حيز ثلاث

أولاً : صفة العقد . أو غير في بطلان
مطابقين في مجلس العقد
كي يوجد
إلا أنه العقد كي أو أو
بفقه الإسلام
هو ركن العقد ، ولا ركن غيره .

و
هو الركن (٢) اتحاد مجلس العقد . وقد سبق الكلام مفصلاً في كل من
هـ (١)

١
٢
٣
٤

أما المذهب الأخرى فلا تميز بين العقد العاسد والعقد الباطن ، فكلاهما عقد باطل ، تدعوه نازة بالباطل و ظورا بالفساد .

ويميز الفقه الحنفي بين البطلان والفساد على وجه الآتي . إن العناصر السبعة التي تقدم ذكرها ، وهي مضمونه لا يعقد العقد ، لا يكفي لصحته . بل يجب أن تصاف إلى هذه العناصر أوصاف معينة ، وجودها ضروري لصحة العقد . فإذا تخلف وصف منها ، اعتبر العقد معقراً بالاعم من ذلك لاشتغاله على الزكز وشروطه أي لمؤثره على أصله ، ولكنه يعقد فاسداً مختل في وصفه . وبذلك يتميز العقد العاسد عن العقد البطل . فالعقد الباطل هو ما لا يكون مشروعاً بأصله ووصفه أما العقد العاسد فهو ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه .

فما هي الأوصاف التي يجب أن تكون عناصر العقد ، حتى يكون العقد صحيحاً ؟ أما نظام الإيجاب والقبول واتحاد مجلس العقد فهذان عنصران أساسيان في حاجته إلى وصف بأكملهما . وكذلك عنصر التعداد ، فهو كامل به . أما عنصر التمييز الذي هو عليه التراضي ، فيجب أن يكتمل وصف لأيه أصح العقد ، هو حين الإصاء من الإكراه والتعد . إذ شأب إرادته إكراه ، كان عقده فاسداً . تبين العناصر الثلاثة التي يجب أن تحل العقد ، وأولها أن يكون المحل موجوداً مقدور التسليم ، وهذا العنصر في حاجته إلى وصف بكماله ، من أن وصفين . فالوجود يجب ألا يدرجه امر ، والعقد متى استلوى على غير يكون فاسداً . والقدرة على التسليم بأكملها أن يكون هذه السمة من غير صرر . فإن كان المحل مقدور التسليم ولكن في تسليمه صرر ، فعقد العقد فاسداً أيضاً . الذي يذهب على التسليم . والعنصر الثاني في المحل هو أن يكون المحل معداً أو قابلاً لتسليم . وهذا العنصر أيضاً في حاجته إلى وصف بكماله . هو نفس وصف الذي يكون وجود المحل أن انتهاء امر . فيجب أن يكون المحل جاهزاً من العرف في وجوده وفي تعيينه . والعنصر الثالث في المحل هو أن يكون المحل صالحاً لتعام فيه ، وهذا العنصر في حاجته إلى وصفين بكتلانه . هما أن يكون المحل حالياً من اشرار الفساد وأن يكون حالياً من الرب.

والأساس التي يحسن العقد فامداً في المذهب الحنفي ، «لوعزم من انعقاده .
هي إذن حصة : (١) الإكراه (٢) العذر (٣) الضرر الذي يصحب التسليم
(٤) لشرط العاقد (٥) الإربا (١١) .

وهذه الأسس ذاتها تحسن العقد باطلاً في المذاهب الأخرى ، على تفصيل
سيأتي ذكره فيما يتعلق بالإكراه .

العقد الموقوف .

في عناصر العقد التي قدمناها وفي الأوصاف التي تلحق بهذه العناصر ،
نلاحظ بين العاقد من جهة وبحل العقد وصحته من جهة أخرى ، حتى يقو
هذا البطلان يجب أن يكون للعاقد . (١) لولاية على محل العقد : (٢) الولاية
على نوع الصرف . والعقد س عقد صحيحاً . وكسبه لاسمداً ، من تكون موقوفها
إذا تخلف أحد هذين العصرين .

والولاية على محل العقد تكون :
١ - بنت للعاقد حق الملك في هذا
محل أو ثلثه من المال . وألا يتعلق ، المحل حق للغير كأن يكون مرفوعاً
أو مستجراً . فدر الملك أي المصولي — ليس له ولاية على محل العقد .
ورداً كان العقد الصادر منه قد صدر من أهل له في محل صالح حكمه ومن ثم
س عقد صحيحاً ، إلا أن هذا العقد يكون موقوفاً لا بعدام لولاية على المحل فلا
يـمـر إلا بإجازه المالك . ومات العين المرفوعة أو المستأجرة بسبب له ولاية
تامة على محل العقد تعلق حق الميراث أو المستأجر به . فاعقد لدى بصد
منه وفقاً على هذا المحل يكون مرفوعاً على إجازة ميراث أو المستأجر .

والولاية على التصرف تكون :
١ - مكال العاقد بعد الوجوب من الميراث
أول التصرف الذي يشره . ومن التصرفات ما يكفي فيه تخذاتين . ومنها

١ - وحكمه مع العقد من نصه مختلف منه . ومن يرى أن هذا
مع فاسد يرجع أحمد . «تحرير العبد المسبوق ١٢ عن ٩ - عن ١٠» .

ولا يكتفى به يجب بوجوبه فاولاه عن تصرف هي
الأهلية للتصرف .

ومن ثم العقد الموقوف هو العقد الذي فقد صحيحا بواجب
عصره لا يعقد عصره صحيحا لكن قصده أحد عصره في العقد .
الملك أو الأهلية .

وإذا سئل العقد الموقوف من خلاف فاسد سكون
. وبهذا يبين أن العقد الموقوف هو العقد الذي ويجوز أن يكون
الأهلية من عصره لا يعقد العقد بسبب من ذلك .

وفي المذهب الثاني أن العقد الموقوف عقد غير
صحح في العقد العقد فالحق عند من هو
. الكافي في العقد غير صحيح ومن العقد
. العقد الموقوف العقد العقد العقد صحيح
ومن العقد الموقوف العقد العقد العقد هو أن
العقد الموقوف من العقد صحيح العقد أصلي
ولا العقد فاسد هو من أفساد العقد صحيح هو من مراتب
الصحة تقع في أركانها العقد العقد العقد
جاء في البحر الرائق العقد العقد العقد
صحيح فهو العقد العقد العقد
الملك من غير توقف على نقص ولا يصح بوجبه على لأجله
السبب الذي فيه الخير على العقد العقد
أشار حارثي العقد العقد العقد
لتقديره جار العقد العقد العقد
الجار العقد العقد العقد
غير غير إذن بدون اسمه ليس بمعصية وقد أرفق في عدي من الكتب

غير راض بأصل البيع (المسوق ٢٤ ص ١٥٥). ويرى من ذلك أن بيع المكره لا يجمع بين إفساد الوفاء من هو ما فاسد أو موقوف، وأن بيع المارل باطل لإفساد ولا موقوف، فلا تدخل الوفاء في إفساد، ولا تلاقى إفساد مع إوفاء أصلاً. فالعقد المفسد غير العقد الموقوف. الأول غير صحيح والثاني صحيح، فيكون العقد لموقوف. من فساد العقد لصحيح (أنظر في هذا المعنى بحثاً في العقد الموقوف للدكتور كى عبد الله في مجلة لقانون والاقتصاد ٢٥ ص ١١٦ - ص ١٢١).

العقد المأثر فيه العوزم :

إذا اجتمعت للعقد عناصر الاعفاء والصحة وإفساد، ففسد العقد من أهله في حين فإن حكمه. وكان للعقد له أولوية على محل العقد وأهله ووجه المنصرف إلى بشرته. فقد انعقد العقد صحيحاً ماوياً، فأصبح الآثار التي تترتب عليه.

والأصل أن لعقد المسمى بعقد صحيح أو لا وهو لأحد التعاقدين أن يرجع فيه إلى أنه المبرره. ولكن هناك عقوداً نفس طبعها أن يرجع فيها أحد التعاقدين دون توقف على إرادة التعاقد الآخر. كوكالة والشركة وأهنة وأندية الغاربه وإله وتكفاله وهذه عقود يكون من لأحد التعاقدين خيار الرجوع. وهو من هذه الخيارات خيار العطف وحده الوصف وخيار التمسك. كما أن خيار الرجوع في الصفقة (١). وهذه الخيارات أربعة معروفة غير الخيارات المنقولة. هي خيار الرجوع وخيار التمسك وخيار

١. ينظر الحرة الثاني من معاني الحق في الفقه الإسلامي، ما خيار التمسك فهو مختلف فيه. وقد ذهب إليه من ذهب إلى أنه على كل حال يفسد العقد. وخيار التمسك هو خيار التمسك بالقبول بالإيجاب، وهذه هي الخيارات من غير أن يكون العقد صحيحاً.

المبيع للمشتري . أو دفع المشتري باختياره الحق لدفع كان للبائع أن يسترد المبيع وللمشتري أن يسترد الثمن .

ولو لم يشتري بمقدار مبيع وتصرف فيه لاحد ، فبيع مالا . فإن تصرف المشتري لا يمنع البائع من استرداد المبيع من يد المشتري إلا في ذلك أن لم يبيع للبائع . فبأن الملكية تشتري ، فيكون المشتري قد باع مالا غير مملوئ له . فالبائع موقوف على إحالة المالك وهو هذا البائع . فبدون يحزه ، كان له أن يسترده ، كما تقدم القول .

حاشا في العاوى الحاشية . . بيع الصبي لدى لا يفسد والمحمول . . ص . . والبيع المأصل لا يفسد المالك وإن انقضى به القصد . حتى لو كان مبيع عبدا فأنقذه لا يفسد . . . ولو كان أم الولد وسبها ، لا يسقط للمشتري . والمشتري بالمبني والد لا يملك وأن قصر ، (هامش الدرر في ٢ ص ١٢٣) .

وإنما هو أن مذهب مذهب بعض الأدعياء في بيع المأصل — وهو والقاسم سواء في هذا المذهب — بخروج المبيع عن يد المشتري بيع صحيح أو عيب أو هبة أو صدقة . وتعلق حق التعبير بالمبيع ، كرهه دأب يفسد المأصل على خلاصه لعدمه . فبأن الملاءمة لا يمكن فهو . وكذا جاء في الشرح الكبير للدرر في هامش (المسوق ٣ ص ٧٤) . فيحتمل المذهب الذي في الغير في العقد المأصل ، كما يحتمل المذهب الحق في العقد المأصل على ما سترى . لا احتياطاً عند المأصل ، بل عند القاسم في مذهب مذهب كما تقدم القول . ولو كانت المبيع أصلاً على البائع ، على النحو الذي رأيناه ، وجب على المشتري أن يرد سائر القيمة في القيمة والمثل في المثل . فبدون أن يفسد أرعع حكمه . ووجب رد المبيع مائلاً للبائع إلا عاده خاصة الأصلية ، سواء كان عوده اختيارياً أو ضرورياً كإثبات . وهذا ما لم يحكمه حكم عدم الرد ، أو كان القوات راجعاً إلى تغير السوق ثم عاد السوق إلى حالته الأولى ، فلا يرعع حكم المبيع ولا يجب على المشتري الرد (الشرح الكبير للدرر في هامش المسوق ٣ ص ٧٥) .

وبفوت الرد أيضا في مذهب مالك تغير الميعر زيادة أو نقصا في يد المشتري
(لشرح الكبير للدردير في هامش الدسوقي ٣ ص ٧٢ - ٧٣) .

ولا ترد عليه الإجارة وتمسك بالباطل كل ذي مصلحة :

ولما كان العقد الباطل غير موجود شرعا ، فإنه لا يتصور أن يلحقه
الإجارة إذ الإجارة لا تنحق إلا عقدا موجودا قابلا لإنتاج أثره فيقيد
بالإجارة . والعقد الباطل ، كتصرف شرعي ، معدوم وغير قابل لإنتاج أي
أثر . ومن ثم لا يمكن إجارته .

وإذا كان العقد الباطل منعدما ، فلكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان .
بتمسك به كل من العاقدين ، وقد رأينا أن النافع في لبيع الباطل لا يجبر على
تسليم المبيع ويسترده إذا كان قد سددها عن طريق التمسك بالبطلان ، ورأينا
أن المشتري لا يجبر على دفع الثمن ويسترده إذا كان قد دفعه وهذا أيضا عن
طريق التمسك بالبطلان . كذلك الشفيع لا يملك الأحاد بالشفعة في بيع
باطل ، إذ يستطيع البائع أن يتمسك ببطلان لبيع لمنعه من الأحاد بالشفعة ،
وهما التمسك بالبطلان هو أحد العاقدين ولكن يتمسك به ضد الغير لا ضد
العاقد الآخر . كذلك يجوز لمرتبه أن يتمسك ببطلان لبيع الصادر من
إيراهن معين المرهونة . واستأجر أن يتمسك ببطلان لبيع الصادر من
المؤجر للعين المؤجرة ، فكل من المرتبه والمستأجر له مصلحة في انفسك
ببطلان البيع الباطل . وإذا مات من صدر منه بيع باطل ، دخلت العين
المبيعة في تركته ، وجاز لورثته أن يتمسكوا ببطلان البيع لأن لهم مصلحة
في ذلك .

ولكنه العقد الباطل قد يفتح أثرا كواقعة مادية تكون عرف شرعي :

ولعقد الباطل إذا لم يكن له وجود شرعي فإن له وجودا هليا ، وإذا لم
يفتح أثرا كتصرف شرعي من الجائر أن يفتح أثرا كواقعة مادية .

وستعرض أثرين مما قد ينتجه العقد الباطل . لاكتصرف شرعى ، بل
كواقعة مادية :

(أولا) انتقال الضمان إلى المشتري . فإذا فرضنا ، فى عقد بيع باطل ،
أن البائع سلم المبيع إلى المشتري . فإن البيع الباطل كتصرف شرعى لا ينتج
أثرا كما قدمنا ، فهو لا يقل الملك للمشتري . وإذا هلك المبيع فى يد المشتري ،
فقد كان ينبغي أن يهلك على البائع ، لأن المشتري قبض المبيع بإذنه دون أن
ينقل الملك إليه فيكون أمانة فى يده . والأمانة تهك على مالكها فهلكها
على البائع . ولكن نسليم للبائع المبيع لمشتري وقد اقترن ببيع باطل ، وهذا
البيع الباطل له وجود مادي ، فهو كواقعة مادية إذا اقترن بواقعة التسليم يجعل
المشتري قد قبض المبيع بقصد تحقيق مصلحة له ، فليست يده إذن بـأمانة .

ومن هنا وحده أبار فى العقد خفى . أى يقف عند تسليم المبيع بدون
البائع ، فيجعل يد المشتري يد أمانة . ولا يثبت على اقتران التسليم بالبائع
الباطل أى أثر . ومن ثم يكون الهلاك على البائع . ورأى يثبت على اقتران
التسليم بالبائع الباطل . بوصف البيع واقعة مدنية لا تصرفاً شرعياً — أثراً . يد
يجعل التسليم حاصلاً لتحقيق مصلحة للمشتري فتكون يد المشتري يد ضمان .
ومن ثم يكون الهلاك عليه لا على البائع ، قياساً على سوء الشرء حيث نقص
العائد العير لتحقيق مصلحة له فيكون الهلاك عليه .

وقد ورد فى الذئع فى هذا المعنى ما يأتى . . ثم إذا باع مالا بماليس
بمال حتى طل البيع ، فخص المشتري المال بيد البائع ، هل يكون مضموماً
عليه أو يكون أمانة ؟ اختلف المشايخ فيه . قال بعضهم يكون أمانة ، لأنه وإن
قبضه يدين صاحبه فى عقد وجد صورة لاعمى ، فالتحق العقد بالعدم . وبني
إذنه بالنقص . وقال بعضهم يكون مضموناً عليه . لأن المقبوض على حكم
هذا البيع لا يكون دون المقبوض على سوم لشراء . وذلك مضمون فهذا
أولى ، (البدائع ٥ ص ٣٠٥) .

وجاء في فتح القدير . : الباطل لا يعيد ملك التصرف ولو هلك المبيع في يد المشتري فيه — أى في البيع البطل — يكون أمانة عند بعض المشايخ — هو أبو نصر بن أحمد الطواويسى — وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة . وعند البعض . كشمس الأئمة السرخسى وغيره . يكون مضمونا بالمال أو القبيصة وهو قول الأئمة الثلاثة ، لأنه لا يكون أدنى حالا من المقوص على سوم الشراء . وقيل الأول قول أبي حنيفة رحمه الله والثاني قولها . كالاختلاف لكائس بينهم في أم الولد والمذبح إذا بيعا فإما عند المشتري . لا بضمنه عند أبي حنيفة ، وبضمنهما عندهما والمقوص على سوم الشراء هو المأخوذ ليشتري مع تسمية اشئ بلا إبرام بيع . كأن يقول أذهب بهذا فإن رصته اشتريته عشرة ، فإذا هلك صم فيته . فإذا صم هذا مع أنه لم يوجد فيه صورة العلة ، فلا يصم فيما صم فيه مع أنه وجد ذلك أولى . ولأبي نصر المروى عنه من عدم الضمان أن الضمان في المقوص على سوم الشراء . إن قلت إنه عدد صحة كون المسمى ثمنا كالدرهم على ما ذكرنا من قوله إن صيته اشتريته عشرة سلباه . وهو منتف في تسمية المحرم كآخر . وإن قلت عند التسمية مطلقاً منعاه . فيجب بفضيله . وهو أنه إن كان التسلل لعدم ماله اشئ أصلاً لا يصح وإن كان لعدم المبيع كما لو باعه على أنه باقوت فإذا هو رجاح تمن صحيح دراهم مثلاً فقبضه يصير مضمونا . (فتح القدير ٥ ص ١٨٧ — ١٨٨) .

وجاء في ابن عابدين : : قوله لأنه أمانة ، وذلك لأن العقد إذا بطل بقي مجرد لقص يادن المالك ، وهو لا يوجب ضمان إلا بالتعدي . ذكر . قوله وصحح في إقنيه صمدته الخ . قال في الدرر وقيل يكون مضمونا . لأنه يصير كالقوص على سوم الشراء . وهو أن يسمى اشئ فيقول أذهب بهذا فإن رصت به اشتريته بما ذكر . أما إذا لم يسمه فذهب به فبذلك عده . لا يصح . نص عليه الفقيه أبو الليث ، قيل وعليه الفتوى ، كذا في العناية لكن في التهر واختار السرخسى وغيره أن يكون مضمونا بالمال أو بالقبيصة .

لأنه لا يكون أدنى حالا من المقبوض على سؤم الشراء . وهو قول الأئمة الثلاثة . وفي القنية أنه الصحيح . لكونه قبضه لنفسه . فثابه الغصب . وقيل الأول قول أبي حنيفة والثاني قولهم . (ابن عابدين ٤ ص ١٦٣ — واطر أيضاً البحر الرائق ٦ ص ٧٢ — أزيلعي ٤ ص ٤٤) .

ونرى من ذلك أن الصحيح من الرأيين في المذهب اخفى هو أن المبيع بعد باطل يكون مضمونا في يد المشتري . لأن المشتري قبضه لنفسه ولتحقيق مصلحته . فلا يكون أدنى حالا من المقبوض على سؤم الشراء . وهذا هو الحكم في مذهب مالك جاء في الخطاب : « وإنما ينتقل ضمان الفاسد (أي الباطل) بالقبض : هذا قول ابن القاسم . وأما مالك فقال في التوضيح وإن قلنا إن لصان في المبيع بعاثا فاسدا ، نعم ، الفرض ، فمالك لا ينتقل بذلك ، بل لا بد من صيغة القوات ، (اختطاب ٤ ص ٣٨٠) . وجاء في الشرح الكبير للدردير : « ولما أنهى الكلام على ما أراد من إبياعات التي ورد النهي عنها ، أتبع ذلك بما يوجب ضمان المبيع على المشتري فيها . فقال وإنما ينتقل ضمان مبيع البع الفاسد ، على البت متفعا عليه أم لا . إلى المشتري بالقبض المستمر ، هذا المشتري ثم أم لا . كل المبيع يدخل في ضمان المشتري في إبيع الصحيح ، باعتق أو بالعصر . وبعد العصر بالمستمر للاحتراز عما لورد المشتري السلعة لانتها على وجه الأمانة أو غيرها ، كما لو استكن ركبها مدة وأخذها بعد فص المشتريها فاسدا فهلك فالصان على البائع . ورد المبيع فاسدا لربه إن لم يمت وحوثا ، ويحرم انتفاع المشتري به مادام قائما . ولا علة تصحبه في رده . بل يعود بها المشتري لأنه كان ضمانه وابعه بالضمان . ولا يرجع على البائع بالتعقق . لأن من له العلة عليه الفقة . فإن أضاع على مالا غلة له رجع بها ، وإن أضاع على ماله عنه لا تبقى بالفقة رجوع برائد لتعقق . فإن فات المبيع فاسدا بيد المشتري ، مضى يختلف فيه ولو خارح المذهب ، الثمن الذي وقع به البع . وإلا يكن مختلفا فيه . بل متفقا على فساد (وهو الباطل) . ضمن المشتري قيمته إن كان مقوما حينئذ أي حين القبض ..

ولا ضرورة قبل استيفاء المانع وهو ما قبل الدخول فلا يجعل منعاً قبله ..
ثم اختلف في تقدير هـ المهر وهو المسمى بالعقر . قال أصحابنا الثلاثة يجب
الأقل من مهر مثلها ومن المسمى . وقال زهر يجب مهر المثل بالعالمات ،
وكذا هذا الخلاف في الإجارة الفاسدة . وجه قول زهر أن المانع تقوم بالعقد
الصحيح والفاسد جميعاً كالأعيان . فلهذا إظهار تقوم وذلك بإيجاب مهر
المثل بالعالمات لأنه قيمة مائع البصع ، وإنما العدول إلى المسمى عند صحة
التسمية ولم تصح . هذا المسمى أو حذا كمال القيمة في العقد الفاسد ، كذا همها .
وإذا أن العاقدين ما قوما المانع نكث من المسمى ، فلا تقوم نكث من
المسمى ، حصلت له مادة متوفاة من غير عقد فم دكن لها قيمة . إلا أن مهر
المثل إذا كان أقل من المسمى لا يسلح به المسمى ، لأنها رضى بذلك القدر
. ساءها مهر مثلها . واختلف أيضاً في وقت وجوب العدة أنها من أى وقت
يعبر . قال أصحابنا الثلاثة إنها نكث من حين يفرق بينهما ، وقال زهر من آخر
وصء وطئها حتى لو كانت قد حاضت ثلاث حيض بعد آخر وصء وطئها قبل
التفريق فقد نقصت عدتها عدء . وجه قوله أن العدة نكث باوطء . لأنها
نكث لاستبراء الرحم وذلك حكم الوطء . ألا ترى أنها لا نكث قبل الوطء . وإذا
كان وجوبها باوطء نكث عقب الوطء . فلا فصل كأحكام ساءة العلق . ولما أن
الكاح الفاسد بعد الوطء منع في حق المراض لما بينا . والمراض لا يرول
من التفريق . بدليل أنه لو وطئها قبل التفريق لا حد عليه ولا يجب عليه
نكث الوطء إلا مهر واحد . ولو وطئها بعد التفريق لم يحد . ولو
دخلته شبهة حتى امتنع وجوب الحد بلزمه مهر آخر ، فكان التفريق في الكاح
الفاسد بمنزلة الطلاق في الكاح الصحيح . فيعتبر ابتداء العدة منه كما تعتبر من
وقت الطلاق في النكاح الصحيح . والحوة في الكاح الفاسد لا توجب العدة ،
لأنه ليس نكاح حقيقة . لا أنه ألحق بالكاح في المنافع المتوفاة حقيقة مع
قيام المنافع لحاجة النكاح إلى ذلك ، فيبقى في حق غير المستوفى عن أصل العدم ،
وم يوجد استيفاء المانع حقيقة بالخلوة . (البدائع ٥ ص ٣٣٥) .

وقد يقال إن الآثار التي تترتب على أرواح الباطل أو العاسد — إنما تترتب لا على واقعة أرواح المادية ، بل على واقعة مادية أخرى هي واقعة الدخول بالروحة . ويقول الأستاذ محمد أبو رهرة في هذا الصدد : « وقد قررنا أن ذلك ليس موحد النكاح . ولكنه مقتضى الدخول مع شبهة العقد . وهو يثبت لو طء بشبهة ولو لم يكن عقد . لأن الشبهة ها الجهل الذي لم تتوافر معه أسباب العلم ، (المسكية وطريقة العقد في الشريعة الإسلامية ص ٣١٤) . وهذا القول صحيح فيما لو أحدا برأى زهر السابق الذكر فيما يتعلق بابتداء العدة ، فإن زهر لا يجعل لواقعة أرواح الباطل أي أثر في هذه المسألة بل يجعل الأثر لواقعة الدخول ، فيعتبر بداية العدة من وقت آخر اتصال بالمرأة لا من وقت التفريق . أما لو أحدا برأى الأئمة الثلاثة — أي حبيفة وصاحبيه — وجب أن يعتد ، إلى جانب واقعة الدخول ، بواقعة أرواح الباطل ذاته ، فالمرء المسمى يدخل في الحساب إذا كان أو من مهر المثل ، والعدة لا تبدأ إلا من وقت التفريق أي من وقت زوال واقعة الزواج المادية . بل إنه يمكن القول ، أحدا برأى الأئمة الثلاثة ، إن أرواح الباطل أو العاسد يبقى معقدا في حق المنافع المستوفاة حقيقته ، وسي في حق غير المستوفى على أصل العدم ، وهو ما يصرح به صاحب البدائع فيما قدمناه .

انتقاص العقد في مادة الطهر :

ويمكن القول بأن الفقه الاسلامي يعرف فكرة انتقاص العقد في حالة بطلان . ويستعرض في هذا لعدد بعض النصوص الفقهية في كل من المذاهب الأربعة .

في مذهب مالك جاء في القوايين الفقهية لابن جري : « إذا اشتملت الصفقة على حلال وحرام ، كالعقد على سلعة وخر أو حرير أو غير ذلك ، فالصفقة كلها باطلة . وقيل يصح البيع فيما عدا الحرام

وعبد الغير يدخل في البيع أن القاضي لو قضى بحوا بيع المذبر وأم الولد يفسد ، وفي المكاتب يتفد برصاه في الأصح . وفي عبد الغير يحارة مولاه ، ولولا أنهم مال ولم يدخلوا في العقد لما بعد كما في الحر والميتة ، وإما يخرجون من العقد بعد الدخول لاستحقاقهم أنفسهم في المذبر وأم الولد والمكاتب وفي عبد الغير لأحد مولاه ، فلا يكون يدا بالخصه انتهاء بل في حالة لعمه فلا يفسد . وفيما إذا جمع بين مال ووقف روايتان : في رواية يفسد في الملك لأن البيع لا ينعقد على الوقف لأنه صار محررا عن الملك والتمك . فصار كما لو جمع بين حر وعبد . ذكره الفقيه أبو الميث في بوارله . والأصح أنه يحوي في الملك ، لأن الوقف مال وله الانتفع به انتماع الأموال ، غير أنه لا يملك لأجل تعلق حق به . وذلك لا يوجب فساد العقد فيما ضم إليه كالميتة ويحرمه بخلاف المسجد حيث بطل العقد فيما ضم إليه لأنه ليس بمال وله الانتفع به انتفاع الأموال . فصار كآخر . (١ - يلقي ٤ ص ٦٠ - ص ٦١ - وانظر أيضا : المبسوط ١٣ ص ٢ - ص ٥ - البحر الرائق ٦ ص ٩٠ - ص ٩١ - الصاوي الهدية ٣ ص ١٣١ - ص ١٣٢) .

ويبدو من هذهصوص أن انتفاص العقد لا يتم على النحو الذي يتبعه في الفقه العربي . في الفقه العربي ، كما رأينا ، ينتقص العقد إلا إذا سبب أنه ما كان ليتم بغير الشيء الذي وقع باطلا أو قابلا للإبطال ، فالعبرة إذن بفقد انعقدتين . أما في الفقه الحنفي فتم الانتفاص على أساس موضوعي لا على أساس ذاتي . ذلك أنه لا يجوز بيع بالخصه من أمثل انتهاء . وينحصر ذلك بقاء . فإذا كان البيع في شق واحد وفي شق موقوفها ، ربح المبيع كله في العقد إذ ينعقد لبيع في الشق . فإذا سقط الشق الموقوف لعدم جرده ، سقط الشق كله بخصته من شق واحد . وهذا جعل البيع بالخصه من شق واحد موقفا . ويشترط في هذا أن لا يملك الملائمة . وبذلك يفسد العقد في عدم حوا انتفاص العقد في أية حالة لأن العقد قد وقع على مجموع . انحصار المصلحة . أما إذا كان بيع في شق صحيح وفي شق باطلا . نحن في العقد لا يشق

الصحيح لعدم الانقضاء في الشق الباطل . فيكون بقاء الشق الصحيح وحده
 بيعا بالخاصة من اثر اثناء وهذا لا يجوز . فيسقط الشقان معا — الباطل
 والصحيح — ولا ينتقص العقد فيبقى الصحيح ويسقط الباطل . ويسمى من ذلك ،
 عند المصاحين ، أن يعين اثناء لكل شق حصته من اثر . فبعد ذلك تعتبر
 الصفقة صفقتين مستقستين تجوز فيهما التجارة . فتصح واحده وبطل الأخرى .
 وفي هذه الحالة الأخيرة ينتقص العقد عند المصاحين ، فيبقى الشق الصحيح
 قائما لأنه ليس بيعا بالخاصة من اثر اثناء . بل هو ليس بيعا بالخاصة من اثر
 أصلا ، وقد عرفت أثر في هذا الشق الصحيح منقلا من البداية .

وفي مذهب الشافعي خلاف في جواز انتفاص العقد ونقله عن المذهب
 مبني على فيما يأتي . وإذا جمع في بيع بين ما يجوز بيعه وبين ما لا يجوز
 بيعه ، كالحب والعبد وعبده وعد غيره ، فهو قولان . أحدهما تفرق الصفقة
 فيبطل البيع فيما لا يجوز ويبصح فيما يجوز . لأنه ليس بإبطاله فيهما لبطلانه في
 أحدهما ، بل هو من تصحيحه فيهما لصحته في أحدهما ، فيبطل محل أحدهما دون
 الآخر ويقا على حكمهما ، فصح فيما نجح وبطل فيما لا يجوز . والقول الثاني
 أن الصفقة لا تفرق فيبطل العقد فيهما ، واحتج أصحابنا في علته . فمنهم من
 قال يبطل لأن العقد جمع حلالا وحراما فبطل التحريم ، كما لو جمع بين أختين
 في النكاح أو ماء درهمين درهمين . ومنهم من قال يبطل لجهالة اثر . وذلك
 أنه لما باع حراما وعدا بآلف ، سقط ما يخص الحرام من اثر ، فيصير العقد
 مباحا بآلف . وذلك محمول في حال العقد يبطل ، كما لو قال بعتك هذا العبد
 حصته من ألف درهم . فإن قلنا بالتعليل الأول ، بطل البيع فيما يقسم اثر
 فيه على القيمة كالعبدين وفيما يقسم اثر فيه على الأجزاء كالعبد الواحد نصفه
 له ونصفه لغيره أو كرين من ضمام أحدهما له والآخر لغيره ، وكذلك لو جمع
 بين ما يجوز وما لا يجوز في الرهن أو الهبة أو النكاح بطل في الجميع ، لأنه
 جمع بين الحلال والحرام . وإن قلنا بأن العلة لجهالة العوض ، لم يبطل البيع

فيما يقسم الثمن فيه على الأجزاء لأن العوض غير مجهول ، ولا يبطل الرهن والهبة لأنه لا عوض فيه . ولا يبطل الكاح لأن الجهل بالعوض لا يبطله . فإن قلنا إن العقد يبطل فيهما ، رد المبيع واسترجع الثمن . وإن قلنا إنه يصح في أحدهما ، قلنا الخيار بين فسخ البيع وبين إرضائه لأنه يلحقه ضرر بتفريق الصفقة بنت له الخيار . فإن اختار الإمسك ، وكل يملك به قولان : أحدهما يملك بجميع الثمن أو يرد لأن مالا يقابل العقد لا ثمن له فبصير الثمن كله في مقابلة الآخر ، والثاني أنه يملكه نفسه لأنه بدل جميع العوض إلا في مقابلتهما فلا يؤخذ منه جميعه في مقابلة أحدهما . فإن قلنا يملك بجميع الثمن ١ نكر للبائع الخيار لأنه لا ضرر عليه . وإن قلنا يملك بحصته ، فهل للبائع خيار فيه وجهان : أحدهما أن له الخيار لأنه بعثت عليه الصفقة بنت له الخيار كما ست تشتري ، والثاني لا خيار له لأنه دخل على بصيرة لأن الحر لا يؤخذ منه ثمن (المذهب ١ ص ٢٦٩ . وانظر أيضا الوجوه للعرالي ١ ص ١٤٠) .

وملاحظ أنه لا يرد في مذهب الشافعي أن يكون العقد في شق باطلا وفي شق موقوفا ، فالعقد الموقوف في هذا المذهب كالعهد الباطل ، والصورة أي بدهي أن يكون العقد في شق صحيحا وفي شق باطلا . وفي المذهب آراء ثلاثة . (١) رأى يذهب إلى جوار انتقاص العقد دائما ، فيبقى الشق الصحيح قائما ويسقط الشق الباطل ، ولتشتري الخيار بين فسخ البيع في الشق الصحيح وبين إرضائه لتفريق الصفقة عليه . فإذا أمضاه ، دفع كل اثنين في قول ، ودفع قسط الشق الصحيح من اثنين في قول آخر . وعلى هذا القول الآخر يكون للبائع الخيار لتفريق الصفقة عليه في قول ، وليس له الخيار في قول آخر . (٢) ورأى ثان يذهب إلى عدم جوار انتقاص العهد إطلاقا ، لأن العقد جمع حلالا وحراما فعل التحريم . فيبطل العهد في الشقيق جميعا ويرد المشتري المبيع كله ويسترد الثمن . (٣) ورأى ثالث يذهب إلى عدم جوار انتقاص

العقد عند جهالة ثمن . وحول الانقاص فيما ينقسم الثمن فيه على الأجزاء
لأن العوض غير محمول وفيما لا عوض فيه كالرهن وفيما لا يسلطه الجهل
العوض كالكساح . هذا ثم يجر انقاص العقد لجهالة الثمن . سقط العقد في
شقيه جميعا . و . المشتري المبيع كله واسترد الثمن وإذا جاز انقاصه في
الأجزاء لمثل ذلك . و . الثمن صحيح فاشق انقاصه . والتمس في
اختيار من صحيح المبيع في شيء صحيح ومن إقصائه سقط في الصفقة عنه .
على انقاص المبيع الذي أشرأب إليه بما تقدم

وفي المذهب أحسن خلاف أنقص فقله عن الثمن في شيء واحد (١)
أن يكون المبيع ناقصا أو غير ناقص بالآحاد . كعقد مشتري
عنه كنه إذن شريكه وكسبه من صوره واحد لا يثبت
لا مقصده فيه أحد من صحيح في ملكه بقصده من ثمن
فيما لا يملكه لا يباح فيه حقيقة جميع خلافا ما فهم
لغيره وكان حقيقة يمكن تصحيحها في حقه المفقود عنه فثبت في
الكل لأحده من كسبه ربه من أن يملك أحد مقصده خلا
لو كان مقصدا ثمنه ماله أحد مقصده حكمة حقه سقط
وسمى ولأن مقصود صدق فيه شيء من حقه في حقه له صدق
كأنه وذلك نص في حقه في حقه حقه في أحد
المشتريين عرفه له نص في لآحاد كونه أحده من لآحاد
وإن لم يضمن لآحاد نص واحد مقصود من الأجزاء
فقد فهم وهو (٢) كسبه من لا يقدر
عليه ثمن لآحاد كسبه من واحد وعنده وعنده
و يمكن تصحيحه في لآحاد
في ذلك
و كسبه
معاوضة فلا توجد جهالة من فيه مسجود في
وإن مشى لآحاد

مثل ان اشترى عبدا يطه كله للبائع فان أنه لا يملك إلا نصفه أو عبدين هين انه لا يملك إلا أحدهما ، فله الخيار بين الفسخ والامساك لأن الصفقة تبعضت عليه . وأما البائع فلا خيار له . لأنه رضى بـوال ملكه عما يجوز بيعه بقسطه (المع ٤ ص ٢٩١ - ص ٢٩٣ - وانظر ايضا المرداوى ص ٣١٦ - ص ٣٢٣) .

فاظهر في مذهب أحمد أنه يجوز انتقاص العقد إذا كان العوض ينقسم على المحل بالأجزاء أو كان العقد ليس معاوضة كالمهر والمهنة ، ففي الحالتين لا يوجد جهالة العوض . وسبق الشق لصحيح في العقد قائما ، وبسقط الشق الباطل . ولا خيار لمشتري إن كان يعلم بأن أحد شقي العقد باطل لأنه دخل على صيرة ، وإلا فله الخيار . أما للبائع فلا خيار له بإصلا ف . لأنه رضى بـوال ملكه عما يجوز بيعه بقسطه .

ويتبين مما تقدمناه من أحكام انتقاص العقد في المذاهب المختلفة أن نظرية انتقاص العقد معروفة في همه الاسلامي . ولكن المعيار فيها موضوعي ، بخلاف الفقه العربي فالمعيار فيه ذاتي .

المبحث الثاني

حكم العقد الفاسد

نميز العقد الفاسد في المذهب الحنفي .

يتميز العقد الفاسد . كمرتبة خاصة في السطالان ، في المذهب الحنفي دون غيره من المذاهب كما قدمنا . هي المذاهب الأخرى لا تتميز بين عقد باطل وعقد فاسد ، وسواء كان العقد غير مشروع بأصله ووصفه أو كان مشروعاً بأصله غير مشروع بوصفه ، فالعقد باطل في الحالتين .

أما المذهب الحنفي فيقيم العقد الفاسد إلى جانب العقد الباطل . ويرسم لكل منطقة سبق تحديدها ، ثم يجعل للعقد الفاسد أحكاماً تتميز عن أحكام

العقد الباطل . إذ يجعل العقد الفاسد معقداً له وجود شرعي ، ويرتب على هذا الوجود بعض الآثار .

فتذكر إذن في مائتين : (١) التمييز بين العقد الباطل والعقد الفاسد في المذهب الحنفي (٢) الآثار التي ترتب على العقد الفاسد

المطلب الأول

التمييز بين العقد الباطل والعقد الفاسد

في المذهب الحنفي

أساس التمييز بين العقد الباطل والعقد الفاسد .

يقوم التمييز بين عقد الباطل والعقد الفاسد عند الحنفية على أساس التمييز بين أصل العقد ووصفه . فـ أصل العقد هو الركن وشرائنه . والركن هو الإيجاب والقبول . وشرائط الركن في الصيغة هي التوافق ما بين الإيجاب والقبول واتحاد المحسوس . وفي لعاقـ العقل ر متعدد . وفي المعقود عليه الإمكان والعين والصلاحية لمعامل . أما أوصاف لعقد فيرجع أعلم إلى المحسوس . فلا يكون المحسوس مهياً له ، ويكون مهياً له إذ كان هناك ضرر في تسليمه أو دخله العرر أو لشرط الفاسد أو الربا . ويبين بعد ذلك وصف يرجع إلى الرضاء ، هو أن يتخلو الرضاء من الإكراه . وقد سبق بيان كل ذلك .

والحنفية يميزون ، في العقد ، بين احتلال الأصل واحتلال الوصف . فإن احتل الأصل ، بأن تحلف الركن أو شرط من شرائنه ، فلعقد باطل . وإن خلت الوصف ، بأن تحلف أحد الأوصاف المقدمه الذكر فلدخل المحل العرر أو الشرط الفاسد أو الربا أو الضرر عند التسليم أو شاب الرضاء إكراه ، فلعقد فاسد لا باطل .

أما المذاهب الأخرى فلا تميز بين احتلال الأصل واحتلال الوصف . فسواء احتل الأصل والوصف معاً أو صح الأصل واحتل الوصف ، فالعقد باطل أو فاسد ، والباطل والفاسد بيان .

ما احتج به المذاهب الأخرى في عدم التفريق بين العقد الباطل والعقد الفاسد :

وأهم ما احتج به المذاهب الأخرى في عدم التفريق بين العقد الباطل والعقد الفاسد أمران :

(أولاً) أن كلا من العقد الباطل والعقد الفاسد منهي عنه شرعاً ، والعقد المنهي عنه يكون حراماً ، والحرام لا يصلح سبباً لثبوت ذلك أثر تريت الالتزام . وذلك أن إيجاب العاقد لعقد منهي عنه عصيان لأمر للشارع ، فكيف يترتب أثر على أمر هو في نظر الشارع عصيان أو إدا ورد هي عن تصرف ، ذلك لا يكون إلا لئلا ين هذا التصرف قد حرج عن الشرعية ، ورد أخرج الشارع تصرفاً عن الشرعية فليس رتب إلا حكماً منه بطلان هـ . تصرف . وقد قال النبي عليه السلام : كل من عصى عليه أمرنا فهو . ومن أوجب في ديننا ما ليس منه فهو رد والتصرف المنهي عنه وقوع هذا التصرف على غير ما أمر به الشارع ، فيكون رد أي مردوداً ، ومعنى رده ألا يكون له أثر ، وهذا هو معنى البطلان .

(ثانياً) يستوي أن يرد النهي عن أصل العقد أو عن وصفه ، ففي الحالتين قد ورد النهي عن عقد إما أصلاً وبما على وصف معين ، والمع إن ورد عن الوصف فقد ورد على الأصل . ذلك أن العقد إذا احتل وصفه ، فدخله شرط فاسد مثلاً ، لم يجر أن يعتد بهذا لشرط الفاسد وإلا لما كان هناك معنى للنهي عن شرط الفاسد ، ولاحتياط العقد الفاسد بالعقد الصحيح ، وهذا مجموع . كذلك لا يجوز أن يسقط لشرط الفاسد وينتج ساء العقد ، فإن انعاقين قد يوفقا على العقد حملة واحدة ، ويكون إسقاط الشرط الفاسد مخالفاً لما تنص

عليه. مع أن أساس العقود التراضي ، وقد قال الله تعالى . « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل . إلا أن تكون بحارة عن تراص » . وقال صلى الله عليه وسلم . « لا يحل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفسه » . فلم يبق إلا أن يسقط العقد والشرط معاً لنهي الشارع عن عقد المقترون بشرط فاسد . فلا ينح العقد الفاسد . أى أثر . ويحطل بالعقد الباطل ويكونان من البطلان عملة سواء . ومن ثم لا يجوز التمييز بين العقد الباطل والعقد الفاسد .

ما يحتاج به المميز في التمييز بين العقد الباطل والعقد الفاسد :

ونحتاج احزمة وحروب للمريق بين العقد الباطل والعقد الفاسد على النحو الآتى :

١ أولاً : ما ورد النهى عن البيع . فإن النهى بما يكون فى الحقيقة عن غير بيع لا عن بيع . ذلك لأن شرعة أصل بيع ثامنه . فليع سب ثبوت الاختصاص وانفصال المنفعة ، ولا دليل على استبقاء النفس بغير أسباب العيش من أكل وشرب وسكن ولباس إلا بسوت الاختصاص وانفصال المنفعة أى البيع والشراء وحى لوسه حوار ورود النهى عن البيع فى جملة ، فإن حمل ورود النهى عن غير بيع أولى . لأن فى ضمن على ابيع بيع مشروعية وفى ضمن على غيره ترك لعمل تحقيق الكلام وحمل على المحل ولا شك أن المحل على المحل أولى من حمل على التاميم ، لأن المحل على محله من باب نسخ الكلام والكلام وسيلة . والمحمل على التاميم من باب نسخ الحكم والحكم هو المقصود . ونسخ الوسيلة أولى من نسخ المقصود .

فإذا ثبت أن النهى عن البيع بما هو نهى عن غير بيع لا عن بيع ، بقى أصل البيع قائماً سليماً من الخلل ، فنعقد ، فأى من جهة النهى انعقاد لا البطلان . ومن ثم يكون البيع الفاسد بيعاً معقداً ، فعقد الملك فى الجملة استدلالاً بسائر اليعات المشروعة . والدليل على أنه بيع أن البيع فى عرف الشرع هو مبادلة مال مقوم بمال مقوم ، وقد وجد ، فكان بيعاً

(ثانيا) انعقد الإجماع على أن اتسع خالف من لشروط الفاسدة مشروع ومفيد لمثلك . وذكر هذه الشروط في لمبيع لا يصح . فالتحق ذكرها بعدم . فالبيع مقترنا بهذه الشروط كالبيع حيا عن المفسد . وقد تقدم أن البيع الخالي عن المفسد مشروع ومفيد سمى بالإجماع .

(ثالثا) نجح التفرقة بين الهى الواحد على الأصل والهى اوارد على اوصف . فالأول ينصب على ماهية العقد أى أركانه . فلا يكون للعقد وجود في نظر الشرع لعدم تحقق ماهيته . ولكن إذا وجدت لأركان سالمة عن الهى . فقد وجدت ماهية . فانعقد العقد . فإن فترن بوصف ملازم منهى عنه . وجدت ماهية انصرف سليمة من الخلل وحق اختل ووصف . فينعقد العقد ولايسرى إليه الهى اوارد في الوصف . لا بمقدار افتراءه به وملازمته إياه . فيكون العقد معقدا . ولكن يجب صحة مادام هذا الوصف مقترنا به . فإذا زال الوصف . ان الخلل . يؤسد ذلك أن الماهية إذا كانت سالمة عن المفسدة وكان الهى في وصف خارج عنها . ثم فلما نسفوص انعقد مطلقا لسوينا بينه وبين العقد الذى لم تسل ماهيته عن المفسدة . أو فلما بصحة العقد مطلقا لسوينا بينه وبين العقد الذى سلبت ماهيته وسلم وصفه عن المفسدة . فلا بد إذن من مرتبة وسطى بين مرتبة البطلان المطلق حيث احتل الأصل ولو وصف . ومرتبة الصحة المطلقة حيث سلم الأصل والوصف . وهذه هى مرتبة الفساد حيث سلم الأصل واحتل اوصف .

(رابعا) إذا ورد الهى من الشارع لأمر خارج عن الأركان . فالأركان سالمة والتصرف موجود بوجودها بالرغم من فام الهى عن الوصف . ويمكن التوفيق بين الوجود والنهى . فلو جرد قائم من حيث أن الأركان سالمة . والنهى يمكن إعماله من حيث نس انصرف ووجوب التخلص منه . وهذا هو حكم العقد الفاسد .

والتوفيق بين الوجود والهى غير ممكن إلا في المعاملات . أما المعادات

التسوية بين مواطني الفساد وبين السائد عن الفساد خلاف قواعد . فتدبر
 حينئذ أن هذين الأصلين بالأصل . والوصف بالوصف . فنقول أصل الماهية
 سالم عن الهوى ، والأصل في تصرفات المسلمين وعقودهم الصحة حتى يرد الهوى ،
 فثبت لأصل الماهية الأصل الذي هو الصحة . وبثبت الوصف الذي هو
 إريادة المصلحة المفسدة اوصف لغرض وهو الهوى . ففسد الوصف دون
 الأصل . وهو المطلوب . وهو صحة حسن — واحتج أحمد بن حنبل رضي الله
 عنه بأن الهوى يفسد المماسد ، ومنه ورد نهى أئمة ذلك العقد وذلك التصرف
 بحملته . فإن ذلك العقد إنما اقتضى تلك الماهية بذلك الوصف . أما بدون
 فلم يتعرض له لتعقدال . فمن عني الأصل غير معقود عليه ، فيرد من بد
 قائله غير عقد ، (الفروق ٢ ص ٨٢ — ص ٨٤) . وجاء في حاشية الفروق
 تعقبا على ما عـم . فثبت ما أن يقول ليس الأمر كذلك . فإن الوصف
 إذا نهى عنه سرى الهوى في الموصوف . لأن اوصف لا وجود له مفترقا
 للموصوف . فيؤول الأمر إلى أن الهوى يتسلط على الماهية الموصوفة بذلك
 الوصف ، فتكون الماهية على ضرب من غار عن ذلك الوصف فلا يتسلط
 الهوى عليه ، ومنصف بذلك اوصف فيسلط الهوى عليه ، (الفروق ، ص ٨٤) .
 وجاء في البدائع . وقال الشافعي رحمه الله لا حكم لبيع الفاسد فابيع
 عنده فسيما . جائز واطل لأئمة هـ . والفساد والباطل سواء . وعندهما
 الفساد قسم آخر وراء الحائز والباطل . وهو على مثال ما يقرب في أقسام
 لمشروعات في بعض الواجب سواء ، وعندهما هـ فسيما حقيقة على ما عرفت
 في أصل الفقه . ووجه قوله أن هذا بيع مهي عنه فلا يبعد منك ، فإسما على
 بيع الخمر والخمر . والمينة ولده . ودلالة الوصف مدروى عن رسول الله
 صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يبيع الدرهم بالدرهم ولا الصاع بالصاعين
 وروى أنه عليه الصلاة والسلام . عن بيع وشراء . وروى أنه عليه الصلاة
 والسلام قال نعتان من أسيد حين نعت في ذلك الجهل عن أربع . عن مع ما لم
 يصبوا ، وعن ربح ما لم يصنعوا ، وعن شرط في بيع . وعن بيع وسلف .

وروى انه عليه الصلاة والسلام قال لا يبيع الماعز لماعزها الا سواء بسواء ،
 ونحو ذلك ، والمعنى عنه يكون حراما واخرا لا يصلح سدا لسوت الميث ،
 لأن ميث ، قيمة ، واخرا لا يصلح سدا لاستحقاق المعمة ولهذا طلسع
 الحمر والخنزير والمسه والدم ، فكذلك هذا وان أن هـ . بيع مشروع ، وهذا
 الميث في أحمة ، استدلالا بسا الدعاث سهوعة ، والباين على أنه مع أن
 اسع في نعة مادة شيء مرعوب نتي مرعوب مالا كل أو غير مان ...
 وفي عرف الشريعة هو مادة مان متقوم ، وهذا كان سدا والباين على
 به مشروع لمصوص العامة المضقة في باب بيع ، من نحو فونه تعنى عروحن ،
 وأحق الله البيع ، وقوله غير شائه ، فيه ادين أموا لا تأكلوا أمر لكم بهكم
 ، ناص ، لأن سكون بحه عن راض مذك وعود من ماورد من النص ص
 في هذا الباب أماما مشقة ، فمن ادعى التحصين وهذا فعليه لدين ، ولما
 لاستدلال بدلالة لإحسان أيضا ، وهو أنا أحما على أن البيع احسان عن
 ان هذا قاعدة مشروع ، وهذا ميث ، وول هذا شروط البيع ، كما
 ، يصح ، فالجواب عن هذا ، أن ما حرمه الملتحق به ، كما ولما
 الأصلى سواء ، وإيا أحق احدهما في نفس البيع ، كل كاسع حالبا
 عن المفسر ، في البيع ، من عن المفسر ، مشروع ، وهذا ميث ، وإحسان ، وهذا
 استدلال قوي ، وأما الميث ، فاجواب عن تعق به أن هذا ميث عن عز
 البيع لا عن عيه لوجه ثلاثة ، أحدها أن سرعة أصل اسع وحسنه ثب
 معقول نفعي ، وهو أنه سب ، ثب الاحتصاص السع - المنازعة ، وأنه
 سب نقاء الما ، في حال رد لا قوام للميث ، لا ، لأن والشرب والسكن
 ونداس ، ولا سب في سقاء النفس بدئ لا ، لا اختصاص به ، وإدخال
 المنازعة ، وذلك سب الاحتصاص وإدخال الما ، وهو البيع ، ولا نحو .
 ورود الشرح ، سوى عن عرف حسه أو حسن أصله بالمعقل ، لأنه يؤدي إلى
 لنقص ، وهذا ما يجزى عن الإيمان بالله عز وجل وشكر اسعه وأصل
 لعادات ، لثبوت حسها ، بفق ، وجعل الشى المضاف إلى لبيع على غيره

ضرورية ، والتي من شأنها أن تؤدي إلى النهي عن البيع في الحجة ، لكن حمله على الغير ههنا أولى من وجوبه . أحدهما أنه عن بالدلائل بقدر الإمكان . والذي أن في حمل على لبيع نسخ المشروع وفي ضمن على غيره من بعض تحفظه الكلام واحد على . ولا شك أن أحد على أولى من أحد على الناس . لأن من على أحد من باب نسخ الكلام . وبسبب المشروعة نسخ أحدهما ، واحكامهم المقصود والكلام . وبسبب الوسيلة أولى من نسخ المقصود . والله اعلم وحسن الله العبادات ٥ ص ٢٩٩ - ص ٣٠٠ - ١١٢١ : ص ٢٢٧ - ص ٢٢٩ - "الحق لا يبرأ من" ٦ ص ٩١ - "الشاه" لا يبرأ من ١٨٥ - "الحق" ٦٢ - ص ١٦٤ .

المطلب الثاني

الآثار التي تترتب على العقد الفاسد

مسائل بحث :

أما في عقد الفاسد ، لا يبرأ من نقص ، أما بعد "فمن فقد
سبب بعض الآثار ، وانعدام الثبوت على الإكراه يختلف في بعض أحكامه
عن الفساد المترتب على غير الإكراه

فجميع المسائل ثلاث (١) العقد الفاسد من نقص (٢) العقد
الفاسد بعد التقصير (٣) حكمه عند انعدام المترتب على الإكراه

١٥ - العقد الفاسد قبل القبض

الأصل في العقد الفاسد أنه لا ينتج أثره:

العقد الفاسد ليس عقد صحيح . لأنه عقد منهي عنه كما قدمنا . فالأصل فيه أنه لا سح اثره . ومن ثم لا يلحقه الإحارة . ويجوز لكل من المتعاقدين أن يتملك نفسه . ولا تثبت فيه شفعة (١).

ولا يستقر به الملك في الفسخ . فلا يصبح المشتري بعقد فاسد مالكا لبيع ولا يجوز للدائع أن يغير المشتري على دفع الثمن . كما لا يجوز للمشتري أن يغير الدائع على تسليم البيع . لأن كلا من الدائع والمشتري يملك فسخ البيع كما سبقي .

ولكن العقد الفاسد منقذ:

على أن العقد الفاسد . إذا لم يكن عقدا صحيحا . فهو مع ذلك منعقد . وله وجود شرعي لا وجود مادي حسب . فهو عقد قائم . ويمكن يجوز فسخه من كل من المتعاقدين على أن هذا الفسخ . يدل على أن العقد له وجود شرعي . ولولا هذا لوجب دفعه لكل من صاحبه في الفسخ .

فالعقد الفاسد له وجود شرعي . ولكنه وجود مبدئي والى كذا وقت

(١) حتى بعد الفسخ . فعلى المشتري أن يسري . لأن حق البيع لا يقطع . والشفعة إنما تجب بالانقطاع . حـ "١" سـ "٢" سـ "٣" ولو كان المشتري دارا . لا نسب للبيع فيه حق شفعة . لأن عقد الملك لم يسري . لأن حق البيع لم يقطع . والشفعة إنما تجب بانقطاع حق البيع لا بشرط انقطاع البيع . لا يرى من من فسخ داره من قبل وفلان يكره نسب الشفعة . لأن لم يفسخ الملك لم يسري . لانقطاع حق البيع . فلو أراد . وههنا حق البيع غير منقطع فلا تثبت الشفعة حتى وجد من وجب انقطاع حقه يجب الشفعة . ولو بيعت دار بحيث يدار الميراث براء فاسد تثبت الشفعة . لأن هذا البراء صحيح فيوجب انقطاع حق الدائع . فيثبت حق الشفعة .

وهو بفسخ العقد العاصم إذا زال المفسد :

وإذا كان العقد العاصم قائما معقدا كما قدما ، إلا أنه عقد في أدنى مراتبه من القوة والعماد ، وهو عقد واجب المصحح ، ذلك أنه ، وإن كان سليما في أصله ، يخل في وضعه ، فالفاسد مقبور ، ذكرنا ، ودفع الفاسد واجب ، ولا يمكن إلا بفسخ العقد ، وفعله موصفة ، فعلى العاقد التوجه منه بفسخه (البحر ٦ ص ٩١) ، فيجوز إذن ، أن يجب على كل من لعاقدين ، فسخه ، وحتى لو انتقل ملك بالقبض كما سري ، فإن المالك يعقد فاسدا إذا أصر عليه انه قدان ولم يفسح أيهما يصح ملكا عيبا ، فهو لا يحرر الانتفاع المعلوم ، وهو مع ذلك ملك قائم ، لا يتمتع به الدائع كما لا يتمتع به المشتري ، ومن ثم جاء للقاضي فسخه حبرا على العاقدين ، بناء على طلب كل ذي مصلحة ، بين وبدون طلب ، فإن للقاضي من بقاء نفسه أن يفسح العقد فاسدا إذا علم به ، جاء في البحر ، قال في البرية وقد أصر الدائع والمشتري على إتمام المشتري فاسدا ، وعلم به القاضي ، له فسخه حقا للشرع ، فبأي صيغة يرد المشتري إلى الدائع صار ذاركا للبيع ، ويؤى من صمته ، (البحر ٦ ص ٩٥) .

وإذا كان العقد العاصم يستحق الفسخ ، فإنه يفسخه بغيره لا بغيره ، حتى لو أمكن دفع العاصم بدون فسخ العقد لا يفسخ ويملك صحبه . من ذلك أن يكون الفاسد جهة الآخر ، فإن أن يبيعه لعاقدان فليس بمفاسد محض لعقد أي من أن يمكن التمسك ، وإنما أن سقطة أصلا بعد عفا عن محض العقد ويمكن التمسك ، وفي قول المفسد في الآخرين ، ويسقط عقد صححا . كذلك يجوز تصحيح العقد ، إلا أنه بإزالة عيبها ، وتصحيح انعقود المفترقة شروط فاسدة بإسقاط هذه الشروط . كذلك بيع ما في سليمه

١ وهذا صواب من انقضاء العقد ، فإن انعقد العاصم يكون من أصل ووصف ، والأصل صحيح مشروع وأوصف بغير مشروع . ففسق

[illegible]

ولانعو كذا من الحاشية فيون عن حمى عصبية لان العقد العصبية

العلماء يسمونهم أم حلفاء من واسطه الاتس التسطح ، الا ان الامم من
هذه قد لا تـ لا يسمونهم ام حلفاء . ام الامم في اللغة العربي فمده بحكمه
القانون دون حاجة الى اتفاق .

لا ترد عليه الاجارة كما عدما . فإذا أسقط عود حقه في الفسخ أو أحال العقد
 صراحة أو ضمنا ، فإنه يستطاع الدعاء من ذلك أن يفسخ العقد . ولا يعتد
 لا بفساطه حقه في الفسخ ولا بأجابه للعقد . وتقوم الكسائر في هذا
 المعنى . فالفسخ في البيع الماسد لا يقتضي بفسخ الإبطال والفساط . بأن
 يقول أعتدت أو أفسخت أو أوجبت البيع أو أرفقته . لأن وحيث يفسخ
 ثبت حقه به دعوى دوما للمعاش . وعاش حقه به دعوى خاصة لا يقدر لعدم
 على إسقاطه مقصود . (الداعي ٥ ص ٣٠١)

وإذا مات أحد المعقدين . كان ميراثه حقه من مكانه . لأن المات
 موارث عن مكان ميراثه . وبما هو حقه فله مقامه . ففسخ المانع
 في موارثه وميراث المشتري . كما يفسخ مشتري في موارثه وميراثه .

٢٠ - العقد الماسد بعد القبض

يجب أنه يكونه القبض مائة مائة

وهذا يدل في مرحلة ثمة العقد الماسد . حيث شهد و هو اذ .
 فإذا كان العقد الماسد عاملا بعد قدما أن المشتري لا يستطيع إحصال
 المانع عن تسليم المبيع . ولكن المانع يستطيع . اختياره وبدء . أن يجعل
 المشتري يتمص مبيع وصاحبه

ويجب أن يكون القبض بدو المانع . ولا يصح القبض بعد إبدائه بأن
 ذهب المشتري عن القبض أو أن يقبض المشتري المبيع بغير محضر منه
 ودون إبدائه . فإن لم يذهب ولا أدن به في القبض صريحا . فقبض المشتري المبيع
 بحصرة المانع هناك رأى يذهب إلى أن قبض المشتري المبيع بحصرة المانع
 دون أن ينهيه عن القبض يكون : لالة بيعته بالقبض والإرى المشهور

أنه لا بد من الإذن الصريح . ولا كان القصر غير صحيح^(١) . ولا شرط
إذن البائع إذا قصص المشتري المبيع في محاسن العقد ولم يبعه الباع من قصده ،
لأن الباع تسلط منه على القصر . فإذا قصده بغيره فليس إلا بغيره ولم ينهه كان
محكم التسلط السابق (الحاشية ٢ ص ١٦٩ - فتح القدير ص ٢٣٠ برهني ٤
ص ٦١ - البحر ٩٢٦) .

ينفي العقد الفاسد بغير القصر فإبطال المبيع

ومضى ثم قصص المبيع صحيح بدون لائق ، فإن العقد الفاسد يقوى عما كان
عليه قبل القصر ، فقد أكد الله فدان ، مهما في تميزه بالرغم من فساده .
عني أن هذا التمسك لا يعتبر إجازة للعقد . فقد فهم أن العقد الفاسد لا تنحصر
الأجزاء . وبين العقد فإبطال المبيع .

١ . يقول الكاسبي في هذا الصدد " والى . يكون القصر بدون
المبيع . فإن قصص بعد أدبه سلا لا يثبت اليك . وإن يهد عن المبيع أو قصص
بعد محضه منه من عدمه . وإن لم يجه ولا فدان في القصر سره ،
فقصصه بخبرة البائع . ذكر في البراءات أنه سبب الميث . وذكر الكرخي في
البراءات أنه مشهور به " سبب وجه رواه البراءات أنه إذا قصص بغيره
وبغيره . كان ذلك دونه بغيره دونه معروف في العقد سبب من دلالة
الأثر بغيره . لأنه سبب له على بعض فدان بغيره الأثر بغيره .
والأثر بغيره به يكون من بعد وفاد كونه دلالة . كما ر . في أنه إذا قصص
أو جه . أنه جحد " أو جه من به وجه بيع بغيره وكذلك جه . وجه
أو جه مشهور . الأثر بغيره لم يحد به . ولا يثبت إلى بغيره
بطرق دلالة ما ذكر . في بعض بغيره بغيره . فإن الأثر بغيره
بغيره بغيره الفساد . فلا حكم إلا بغيره دلالة . وجه بين أن العقد
الفسد لا مع تسلط على بعض . ثم جحد لمع من القصر على ما سبب
بخلاف الجهة ، لأن هناك لا مانع من القصر ، ومكن أسانه بطرق الدلالة
مردم المحسن دائما . والله . المحسن لأن بعض في بغيره بغيره الركن
فبغيره به المحسن كما سبب الفساد " البائع ٥ د ٣٠٤ - ص ١٢

وسكن هذا بعد مضمحل . خلافا لما ذهب إليه القس . يجب تمييز بين
حالتين . فإما أن يكون الفساد راجعا إلى البطل . وفيها أن يكون راجعا إلى
غير البطل . هو نفس في صلب العقد كشرط وفسد .

فإن كان راجعا إلى البطل . كالتعيب بالخراب . كل شكل من العاقدين
حق الفسخ . كما كان ذلك لهم قبل 'نقص' . لأن الفساد الراجع إلى البطل -
كما يقول الكتاباني - فساد في صلب العقد . ألا ترى أنه لا يمكن صحته
بإلغائه . لأن البطل لا يفسد . فكان الفساد قويا
فيؤثر في صلب العقد بسلب الأجزاء . فصار عدمه في حقهم جميعا .
(لنسج ٥ ص ٣٠٠) .

وإن كان راجعا إلى شرط وفسد . فهناك رأي يذهب إلى أن كلام
العاقدين يملك حق الفسخ أصلا كما في إحالة الأولى . وهذه رأي آخر يذهب
إلى أن صاحب المصلحة في الشرط هو وحده الذي يملك الفسخ . فإن أسقط
شرطه . زال سبب الفساد وانقضى العقد صحته . ولا يملك الطرف الآخر حق
فسخ العقد . ويقول الكتاباني في هذا الصدد . وإن كان بعد الفسخ . فإن
كان الفساد راجعا إلى البطل . فالحواب فيه وفيما قبل القبس سواء
ولم يمكن راجعا إلى البطل . فقد ذكر الإمام الأسيحاقي في شرحه مختصر
الطحاوي أن ولاية الفسخ لصاحب الشرط لا لصاحبه . ولم يحك خلافا .
لأن الفساد الذي لا يرجع إلى البطل لا يكون قويا لكونه محتملا للحدوف
والإسقاط . فيظهر في حق صاحب الشرط لا غير . ويؤثر في سلب اللزوم في
حقه لا في حق صاحبه . وذكر الكرخي الاختلاف في المسألة . فقال في قول
أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله يملك كل منهما الفسخ . وعلى قول محمد
رحمه الله حق الفسخ لمن شرط له المنفعة لا غير . وجه قوله على نحو ما ذكرنا
أن من له شرط المنفعة قادر على تصحيح العقد بحدوف المفسد وإسقاطه . فهو
فسخه الآخر لأجل حقه عليه . وهذا لا يخور . وجه قوله أن العقد في نفسه

صحة . وعدمه . لو كان قبض . وعدمه . من وصفا لو كانت جارية
واسمها أها ولو وصفا وحب العصف . عدمه . وجود . لشعبة لشعبها .
فلا . فيه . لأن عدم الحل لا يدل على عدم الملك . ما بين أن روح مام
يصم بموت ولا محل . والاحت رصدا إذا ملكها لا تلحق له وطؤها . وإنما
نحو لشعبة لأن من النافع هي . مانع حقها لا ملك
المشتري دليل أن من أبيع سرده وحده المشتري وحت لشعبة هذا
وقد ذكر المحدث في فصوله خلافا في حرمة وصفا . قليل يكره ولا يحرم .
وقيل يحرم . وفيه إشارة أيضا إلى أن النافع ملك النش شرط فقصه لأنه
كالبيع . كما في القصة . (البحر . نو ٦ ص ٩٢ - ص ١٩٣) .

وجاء في الدائع . تأكيد الآن الملك الذي ينتقل إلى المشتري بالقصص هو
ملك حدث لا يبعد إطلاقا لإنتفاع بعين المملوك . ما يأتي : لأن السات
هنا أبيع ملك حدث . وملك حدث لا يبعد بطلاق لإنتفاع لأنه وح
البيع . وفي الإجماع به بقرره . وفيه نفي الفساد . (الدائع ٥ ص ٣٠٤) .
ومهما يكن من أمر . فإن الملك الذي ينتقل إلى المشتري بأقبص . جدا
كان أو غير حدث . هو ملك من نوع خاص . فهو كما قدمنا . ملك مستحق
الفسح . ومضمون القصة . ولا يبعد حل الانتفاع بعين المملوك . فقيم يفيد
هذا الملك إذن ؟ يفيد في أمرين . (١) في تصرف المشتري في المبيع (٢) وعدم
تغير المبيع بزيادة أو بالقص أو في الصورة .

تصرف المشتري في المبيع المقبوض به بغير فاسد :

إذا باع المشتري المبيع لمفوض بعقد فاسد أو وهبه أو صدقيه . ظل
حق لصح . وانتقل الملك لمشتري الثاني أو ليهو هو له أو للتصدق عليه .
ولا يستطيع النافع أن يبرئ المبيع من تحت يد أحد من هؤلاء . كما كان
يستطيع استرداده من المشتري . ولكنه لا يرجع على المشتري ناشئ المسمى

أن يرجع بقيمة الشيء أو ثمنه (١). وهذا يدل على أنها تعين العقد المعقد هنا لاكتصرف شرعي وإلا لوحظ الثمن المسمى. ولكن كواقعة مادية جعل لها الشرع هذا الأثر.

وبعد لفقهاء بعد تصرف المشتري للغير في حق النفع بأن المشتري قد انتقل إليه العقد المعقد ملكه بعد التصرف في المملوك دون الانتفاع به. كما سبق القول، ولا يخفى للذائع بقض تصرف المشتري لأنه حصل عن تسلط منه. ويقول الكشاف: «إذا كان المشتري أي لغير المبيعة بعداً فاسداً» أو وهه أو تصدق. «بأن حق الفسخ. وعن المشتري القيمة أو المن. لأنه تصرف في مملوك له. فمرد تصرفه. ولا سبيل للذائع إلى بقضه لأنه حصل عن تسلط منه. ويجب أن يشتري الثاني لأنه ملكه بعد صحيح. بخلاف المشتري الأول فإنه لا يطلب له لأنه ملكه بعد فاسد... وخرج المبيع من أن يكون مستحق الرد عن البائع لحصول البيع من المشتري بتسلطه والله عز وجل أعلم. ولو دعه فرد عليه بخيار شرط أو رؤيته أو عيب نقضه فاقص، وعاد حكم الملك الأول، عاد حق الفسخ، لأن الرد به هو الوجه فسخ محض، فكان دفع العقد من الأصل وجعل له كأن لم يكن. ولو اشتراه ثانياً أو عاد إليه بسبب متدأ، لا يعود الفسخ. لأن الملك اختلف لاختلاف السبب، فكان اختلاف المالكين بمنزلة اختلاف لعقدين... وكذلك لو كانه. لأن الكفاية قد صحت لوجودها في الملك، ولا سبيل

١ - جاء في البدائع «الثالث ناسخ الفساد ملك مضمون بالقيمة أو بمثل لا بالسمى. بخلاف البيع الصحيح. لأن القيمة هي الموضع الأصلي في التبعات لأنها مشتملة على المسمى. إلا أنه بعدل عنها إلى المسمى إذا مضى السمية فإذا لم يفسخ وحب المصير إلى الموضع الأصلي. خصوصاً إذا كان الفساد من قبل المسمى. لأن اسميه إذا لم يفسخ به نسب المسمى. فصار كونه ناسخ وسكت عن ذكر اسم. ولو كان كذلك كان ناسخاً بفسخ المسمى. لأن اسم مبادله بالمثل. فإذا لم يذكر المثل صرحاً عارضت القيمة أو المثل المذكوراً دلالة. فكان مفسد بقيمة المسمى أو بمثله إذا كان من قبيل الأمثال» (البدائع ٥ ص ٣٠٤).

والأولى في رأينا أن يقال إنه لما نسب ملكه المسمى إلى من تصرف له المسمى. صار المسمى عاجزاً عن رد المسمى إلى البائع كما لو كان مبيع قد هلك. فوجب عليه الضمان. والضمون يكون بالقيمة أو بمثل لا بالسمى.

وفي جميع هذه الأحوال يصير المشتري في حكم العاصب . بالرغم من أن
العصص - سم يذن الدافع ، وقد كان يسمى هذا - كما كان يسمى في البيع إلى أصل
على ما قدمنا - أن يعبر به المشتري بـ أمانته إذا لم يتعد ، لعقد العاصب .
وكرر لفحص يذن الدافع . وهو واقفه ماديه ، ذا قنن بوقفة مدنية
أخرى وهي البيع العاصب ، يحول به المشتري ضمان لا به أمانه . أد يجعل
التسليم لتحقيق مصلحة للمشتري . ويكون هذا أيضاً للغير كالك . ومن ثم يكون
صاحب الملاءمة والعصص والريادة . شأنه في ذلك شأن العاصب . لا أن المشتري
عقد فاسد وقد قصص المبيع يذن الدافع وساطط منه . أما العاصب فقد أحـ
الذين يعبر به المالك وذنن تساطط منه . فكأن يذن المشتري ضمان
نسب اقترن القصص بالمبيع العاصب . وكأن يذن العاصب ضمان نسب
العصص دونه . وسنصه . وفي قضية بين المشتري والعاصب . جمع إلى اختلاف
الأساس الذي ينعنه ضمان المشتري عن الأساس الذي ينعنه عليه ضمان
العاصب . وستعرض الآن الأحكام التفصيلية لغير المدع في يذن المشتري :

أولاً - وإذا عبر المبيع بالريادة (١) فإن كانت الريادة متولدة من
الأصل - متصلة كانت كالمس أو مفصدة كالولد وثمرته - فإنها لا تمنع
الفصح ، والمانع أن يسترد الأصل والريادة . لأن الريادة تابعة للأصل
ومتولدة عنه . والأصل مضمون الرد فكذلك المنع . كما في العصب .
ولو هلكت ريادة دون بعد . فلا ضمان على المشتري . لأن القبض وهو
نسب الضمان لم يشملها فهي في يده أمانة . ولو استهلك المشتري المادة ، ضمن .
ولو هلك المبيع والريادة قائمتي . فليانع أن يسترد الريادة ويضمن المشتري
قيمة المبيع وقت القصص . لأنهما كذا مضمون الرد . إلا أنه بعد استرداد
المبيع لهوات المحن وصدر مضمون القيمة . وبقيت ريادة على حالها مضمونة
إذا كانت . (ب) وإذا كانت الريادة غير متولدة من الأصل وحب
التميز . (١) فإن كانت متصلة بالمبيع . كما إذا كان المبيع سوبقاً فله المشتري
مس أو ضمن فإنها تمنع الفصح . وجمع البائع بقيمة لمبيع أو مثله . لأنه

لو فسخ ، إما أن يفسح على الأصل وحده ولا سبيل إلى ذلك بتعذر الفسخ ، وإما أن يفسح على الأصل والريادة جميعاً ولا سبيل إلى ذلك أيضاً لأن الريادة لم تدخّل تحت البيع لا أصلاً ولا تبعاً فلا تدخل تحت الفسخ . (٢) وإن كانت الريادة منفصلة عن المبيع . كما إذا كان المبيع رقيقاً وكبلاً إلا من عمل أو هبة أو صدقة أو غير ذلك ، فإنها لا تنعكس الفسخ . ولبيان أن يسترد الأصل مع الريادة . لأن الأصل مضمون الرد والرد يفسح العقد من الأصل . فبين أن الريادة حصلت على ملكه . ولو هلكت ريادة دون بعد ، فلا ضمان على المشتري كما في الريادة المنفصلة المتولدة من المبيع . وإن استهلكها المشتري ضمن عند صاحبه كما في الريادة المنفصلة المتولدة من المبيع . ولم يضمن عند أبي حنيفة لأنه ملك الريادة بسبب على حدة لا بسبب الأصل . ولو هلك المبيع وهذه الريادة فائتة في يد المشتري ، يقرر عليه فسخ المبيع والريادة له ، وهذا بخلاف الريادة المنفصلة المتولدة من المبيع ، لأن المشتري لم يرد المبيع حتى يرد معه الريادة بل رد الفسخة ، وقد ملك الريادة بسبب على حدة لا بسبب الأصل . وهذا كما في الفسخ (أنظر في كل ذلك البدائع ٥ ص ٢٠٢ - ٢٠٣) .

ثانياً - وإذا بيع المبيع بالقص : (١) فإن كان القص آفة سموية أو بفعل المبيع أو بفعل المشتري ، فإنه لا يمنع الاسترداد ، ولبيان أن يأخذ المبيع مع أثر القص . لأن المبيع يباعاً فاسداً يضمن القص كالمعصوب على ما قدمنا ، والقص ورد عليه بجميع أجزائه وأوصافه فصار مضموناً في جميع الأجزاء والأوصاف . (٢) وإن كان القص بفعل البائع فلا شيء على المشتري ، لأن البائع صار مسترداً فعله . حتى أنه لو هلك المبيع في يد المشتري ولم يوجد منه حس على البائع ، هلك على البائع . وإن وجد منه حس ثم هلك بغيره : لم يهلك من سريته جناية البائع على المشتري ضمانه ولكن يطرح منه حصة القص الجناية لأنه استرد ذلك المصدر بحسابه . (٣) وإن كان القص بفعل أخيه فالبائع بالخيار : إن شاء أحده

الأرض (فئة لنقصان) من المشتري والمشتري يرجع به على الجاني، وإن شاء أتبع الجاني وهو لا يرجع على المشتري. كما في العصب، لأنه لم أخذ قيمة لنقصان من المشتري، فقد تقرر ملكه في ذلك الجزء من وقت البيع فيه. فبين أن الجزية حصلت على ملك مقرر له، ويرجع عليه. والآجي لم يملك، فلا يرجع.

وكالقصص الهلاك الكلي هو هلك المبيع في يد المشتري كان أهلاً عليه، وصح للبائع القيمة أو المثل. وإذا كان المشتري قد قصص المبيع بإذن البائع فإن هذا القصص قد افتقر موافقة مادية أخرى هي البيع العاقد، فصارت يده يده ضامن، كما بقدر القول.

وخص المشتري قيمة المبيع يوم القصص، لأنه إنما دخل في ضمانه، لقصص. وقال محمد عليه قيمته يوم الهلاك. لأن الهلاك هو الذي تقرر به الضمان (فتح القدير ٥ ص ٢٣١ - أريامي ٤ ص ٦٢ - لبحر ٦ ص ٩٣). وحق البائع إنما هو في المبيع لا في القيمة، وإنما ينتقل حقه إلى القيمة عند الهلاك، فإذا أبرأ المشتري عن القيمة قبل الهلاك، فقد أبرأه قبل الوجوب، فلا يصح (الفتاوى الخيرية ص ١٦٨).

ثالثاً وإذا تعدت صورة المبيع، كما لو كان المبيع ثوباً فقطعه المشتري وحاطه قيصاً أو غطته وحشاه، بطل حق الفسخ، وبهردت عليه قيمته يوم القصص. والأصل في هذا - كما يقول لكاساني - أن المشتري إذا أحدث في المبيع صنفاً لو أحدثه العاصب في المعصوب بقطع حق المالك بطل حق الفسخ، ويتقرر حقه في ضمان القيمة أو المثل. كما إذا كان لمبيع قطناً فعزله، أو عزلاً منه، أو حطته وطمحنها، أو سمسها أو عساً فعصره، أو ساحة في عليها، أو شاء وبجحها وشرهاها أو صبحها ونحو ذلك. وإنما كان كذلك لأن القصص في البيع المصدق بغير النص، ألا ترى أن كل مبيعاً مضموناً في حال قيامه ومضموناً في القيمة أو المثل حال هلاكه، فكل

ما يوجب انقطاع حق المالك هناك يوجب انقطاع حق المبيع لدائعها . ولو كان المبيع أرضاً في عليها ، مثل حق الصبح عند أي حذيفة وعلى المشتري صمان قيمتها وقت القبض ، وعدمها لا يبطل وينقص البناء ، وجه قولها أن هذا القبض معتبر بقبض العصب ثم هناك يقبض البناء فكذلك هذا ، لأن البناء يقبض بحق الشفع بالإجماع وحق البائع فوق حق الشفع ، دليل أن الشفع لا يأخذ إلا بقصا . والبائع يأخذ من غير قصا ولا رصا ، وبها انقضاء الحق لشفيع الملحق البائع أولى . وجه قول أي حذيفة أنه لو ثبت لدائع حق الاسترداد لكان لا يجوز إما أن يسترده بدون البناء أو مع البناء ، لا سبيل إلى الثاني لأنه لا يمكن . ولا سبيل إلى الأول لأن البناء من المشتري تصرف حمل تسليط البائع وإنه يمنع التقص كتنصرف البيع والمهبة وبحو ذلك ، بخلاف العصب وشفعة لأن هناك لم يوجد التسليط على البناء وكذا لا يمنعان نقص البيع والمهبة ، (البدائع ٥ ص ٣٠٣ - ص ٣٠٤ - وانظر أيضا فتح القدير ٥ ص ٢٣٥ - ٢٣٦ - البحر ٦ ص ٩٦) . وفي هذه الجزئية الأخيرة البناء على الأرض - نجد حكم العقد الفاسد يختلف عن حكم العصب عند أي حذيفة ، ففي العصب لا يمنع البناء على الأرض المالك من استرداد أرضه مع نقص البناء . أما في العقد الفاسد ، فهي رأي أي حذيفة - دون الصالحين - أن يعتد بالبيع الفاسد مقترنا بالقبض بإذن المالك ، ويستخلص من هاتين الواقعتين مع تسليط البائع المشتري في البناء على الأرض المبعة بعقد فاسد ، ويسقط البناء حق الصبح ، وعلى المشتري صمان قيمة الأرض وقت القبض (١) .

١ هذا وقد قدمت أن المذاهب الثلاثة الأخرى لا تفرق عندها بين البيع الباطل - والبيع الفاسد - فالبيع الفاسد حكمه حكم البيع الباطل في تصرف المشتري في المبيع المعوض وفي بيع المبيع وهو في يد المشتري بزيادة أو بالنقصان أو في الصورة . انظر في مذهب السني شرح الهبة زكريا الانصاري ٢ ص ٤٢٥ - وفي مذهب أحمد بن حنبل المعنى طبعه ثالثة ٤ ص ٢٢١ - ص ٢٢٢ . أما عند مالك فنصرف المشتري في المبيع المعوض وبيع المبيع وهو في يد المشتري بمعاد الفسخ في البيع الباطل والبيع

تأصيل المصدر الذي نترتب عليه آثار البيع الفاسد بعد القبض :

أما أن لعقد الفاسد حد أقصى الصحيح بدون لعاقبة ، ترتب عليه آثار مدمرة ، فإن كان العقد الفاسد يـ . وقبض المشتري المبيع فصحيحاً يذن النافع . انتقلت إليه ملكية بعبء ، إطلاق التصرف ولا يفيد الانتفاع بعين المملوك . فهذه الملكية لا يطرأ أثرها إذن إلا عندما يتصرف المشتري في المبيع للغير . والا عدم بعير المبيع .

والثامن في كل هذه الأحكام يستطيع أن يستخلص النتائج الآتية .

أولاً : العقد المفسد ذاته — كتصرف شرعى لا كواقعة مادية — لا يفسح أثراً ، فهو والعقد الباطل في هذا سواء . وإذا كان لعقد الفاسد ، على خلاف العقد الباطل . له وجود قانوني لأنه قد ائتمن . فإن هذه وجود على خطر الروائل ، إذ العقد له سد كتصرف شرعى مستحق المسح . ويستطيع كل من العاقدين أن يفسخه قبل القبض وبعبء دون حاجة إلى رضا العاقد الآخر ودون حاجة إلى حكم القضاة (١) .

—
الفاسد معاً . فكان باطل كالفاسد لا الفاسد كالحسن . ثم نص في أسع
أفاسد « ومعها البيع الباطل » من المحرم والمكروه ، فالمحرم إذا فاسد مضمي
بالقيمة ، أما المكروه فإنه إذا فاسد صحيح ، وربما انقلب صحيحاً بمض
أصل لحقه الكراهة . فإن استرشد في بداية المجهدة « انفق العلماء على أن لبسوع
الفاسد إذا فاسد ولم يفسد باحداث عقد فيها أو مائة أو نقصان أو جواربه سوى أن
حكمها الرد . اعنى أن رد البيع الحسن والمسرور مشهور . وأحلفه إذا
فصب وبصرف فيها يعنى أو عيه أو بيع أو رهى أو غير ذلك من سائر
النصر فاسد ، هل ذلك عوب بوجوب القيمة ؟ وكذلك إذا فاسد أو فصب أو فصب
النافع ؟ ليس ذلك كله عوب ولا شبهه ملك في أسع أفاسد ، وإن أوجب
الرد . وقال مالك كل ذلك عوب بوجوب القيمة . . ومن ذلك لو خسسه .
والسبوع الفاسد عند مائه قسم إلى محرمه ومكروهه . فاما المحرمه
فإنها إذا فاسد . فصب بالقيمة . واما المكروهه فإنها إذا فاسد فصب عنده .
وربما صح عنده بعض أسبوع أفاسد . بعض لحقه الكراهة عنده من ذلك
« بداية المجهدة مسعة الحديث ٢ ص ١٦١ »

١١ وهذا لا يمنع من أن يضمن العقد أفاسد بغير شرع آخر سيجزأه ،
ولا يكون هذا تحولاً للعقد الفاسد . فإن التصرف أشرعى الآخر يقوم على
بنة

ثانيا : ولكن لما كان العقد الفاسد قد يرجع فساده إلى وجود شرط فاسد ،
يفضل نقاض العقد وإسقاط الشرط ، أي بزالة المفسد ، يفتح العقد الفاسد
أثره كتصرف شرعي لا كواقعه مادية . ولكن الذي أنشأ الأثر هنا كتصرف
شرعي ليس هو العقد الفاسد في مجموعه ، بل هو العقد الصحيح الذي استخلص
من العقد الفاسد بعد انتقاصه .

ثالثا : على أن العقد لعاسده وجوده على كواقعه مادية ، وهو -
الاعادة يفتح آثاراً قانونية . من هذه الآثار أثر يتمشى مع طبيعة الواقعة
المادية وستمق فيه العقد الفاسد مع العقد الباطل ، وهذا الأثر هو انتقال
الصمان إلى المشتري . ذلك أن العقد الفاسد ، كالعقد الباطل ، إذا قترن بالقبض
وكان القبض يادن البائع ، جعل المشتري يعض لمبيع لتحقيق مصلحته يتصرف
فيه بصرف المالك ، فتصح بذه يد صمان لايد أمانة . فإذا هلك لمبيع في يده
ضمن القيمة أو المثل .

رابعا : ثم بعد ذلك يتم العقد الفاسد عن العقد الباطل ، في وجوده
لفعلي كواقعه مادية ، في أنه يفتح أثرا لا يقتضيه طبيعة هذا الوجود الفعلي
كواقعه مادية . بل إن الشرع هو الذي تولى نصب هذا الأثر على العقد
الفاسد لمصلحة قصد إلى تحقيقها . وهذه المصلحة هي حماية الغير الذي يتصرف
له المشتري . حتى يكمل الشرع حماية هذا الغير من أن يسترد البائع المبيع

أرادته جعله لا على إرادته احتماله . جاء في البحر الرائق " وفي الرأيه
بأنه منه صححت ثم ناعه وسدا منه - المصحح الأول - لأن التمسك لو كان
صححت المصحح الأول به . فكذا لو كان وسدا لأنه يحق بالمصحح في الكثير
من الأحكام . وكذا لو ناع المؤخر المسحور من المسحور وسدا - المصحح
الأخيرة كما إذا ناعه صححت " البحر ٦ ص ٩٤ . والمصحح المصحح
أو الإحارة المصححة بالسع الفاسد إنما يأتي عن طريق أن البيع الفاسد
يصير اتفاقا آخر بين أسانيع والمشتري عن الغدور عن العقد السابق - السع
الصحيح أو الإحارة المصححة - فيصير أسيع أعاند فسحا بأسراض
لهذا العقد السابق . وسعود إلى هذه المسئلة في مكان آخر .

من تحت يده باسمه حتى الفسخ — وليست هناك وسيلة للشهر منه لغير
 إلى فساد العقد مع كثرة أسباب الفساد ونوعها — لجأ الفقه الحق إلى ضرب
 من الصاعقة الفقهية ستوقف النظر . فنصور ملكية تنتقل إلى المشتري بالبيع
 انعاسد ، لا تعرض أن يدفع المشتري عين الموك كما يفعل المالك عادة ،
 بل لصحح التصرف الذي يصدر من المشتري إلى الغير . فيصح النافع من حق
 الفسخ ، ويصح الغير الذي تصرف له المشتري تنتقل إليه ملكية صحيحة يحصل
 هذه الملكية التي صورتها الصاعقة الفقهية منقطة إلى المشتري . فالمشتري
 إذا تصرف إلى الغير . اعتبر مالكا لكي يستطيع أن يملك الغير . وسكن
 إذا كانت الملكية التي انتقلت إلى الغير مصدرها عقد البيع الصحيح الذي صدر
 للغير من المشتري ، فإن ملكية المشتري ليس مصدرها عقد لبيع لفساد
 باعتباره تصرفا شرعيا ، فقد قدمنا أن البيع الفاسد باعتباره تصرفا شرعيا
 لا يندفع أثره . ولكن الذي نقل الملكية إلى المشتري هو البيع العاسد المقترن
 بالنقص بإذن لنافع باعتباره ماعا واقعه مادية . وهذه الواقعة المادية لا تقتضي
 حتما ، بالظر إلى طبيعتها ، نقل الملكية إلى المشتري . ولكن الشرع رب
 عليها هذا الأثر لأنها تضمن نسلتها من النافع للمشتري على التصرف في الشيء
 المبيع . فحفظها نقل الملكية ، حماه للغير كما قدمنا ، حتى لا يفسد البائع البيع
 الفاسد ويسد العين من يد الغير . ولو كان البيع العاسد هو الذي نقل الملكية
 إلى المشتري باعتباره تصرفا شرعيا . لعلها بائش المسمى فيه ، ولكنه قلها
 باقية أو بالذن . هذا ليس على أنه قلها لا باعتباره تصرفا شرعيا ، بل باعتباره
 واقعة مادية رتب عليها الشرع هذا الأثر الخاص بحماية حق الغير . ولم يعتد
 لشرع في رتبته هذا الأثر بائش المسمى لعساد العقد . وجعل الملكية منتقلة
 في مقابلها الطبيعي وهو لقيده أو المثل () .

١ انظر في هذا المعنى الاسناد سفي شحاته في انظره العاصم
 للانزامات في اسرعه الاسلامة معرة ١٧٠ ومفره ١٧٢ .

خامسا : ويتميز العقد العاسد عن العقد الناطل أحياء ، في وجوده الفعلي كواقعة مادية ، في أنه يندفع أثر آخر لا يقتضيه هو أيضا طبيعة هذا الوجود الفعلي كواقعة مادية ، والشرع هو الذي تولى ترتيب هذا الأثر لمصلحة قصد إلى تحقيقها . وهذه المصلحة لها هي حماية المشتري نفسه . لا حماية البائع كما هو الأمر في الأثر السابق . يحمي الشرع المشتري إذا أراد المبيع في يده بعد قبضه قبضا صحيحا بإذن البائع . ريباه غير متولدة من المبيع ولكنها متصلة به . فيمنع البائع من حق الفسخ . كذلك يحمي الشرع المشتري إذا عير من صورة المبيع تغييرا يخرجه عن حالته الأولى . فقد كان مسلطا على ذلك من البائع إذ قبض البائع يادنه . فاعتد الشرع بذلك ومنع البائع من حق الفسخ . في هاتين الحالتين تثبت ملكية المشتري وتستقر به . أن كانت مرعوعة مهددة بانفساح ، وبغير ملكية دائمة . وقد انتقلت هذه الملكية الباتة إلى المشتري بالعقد العاسد . ولكن لا باعتباره تصرفا شرعيا فهو كصرف شرعي لا يندفع أثرا كما قدما . بل باعتباره واقعة مادية اقترنت بها واقعتان ماديتان أحريان . القبض الصحيح وتغير صورة المبيع . فهما في نظر الشرع كإحدى ملكية المشتري ، إذ لبائع هو الذي سلطه على المبيع حتى غير صورته . وتنتقل الملكية إلى المشتري لا بأشئ المسمى إدهي لم تنقل بتصرف شرعي ، بل بأقيمة أو المثل كما في الحالة السابقة . إذ أن الملكية قد انتقلت بواقعة مادية .

٣ - خصوصية العاسد المترتب على الإكراه

التميز في المذهب في حكم بيع المكره :

قدما في الجزء الثاني من مصادر الحق في الفقه الاسلامي أن الإكراه يختلف حكمه في المذاهب المختلفة . وقد ندرج في هذه المذاهب على جميع المراتب من البطلان إلى عدم اللزوم .

فالإكراه يفسد التصرف عند أي حيلة وصاحبه .

ويجعله موقوفاً عند ربه .

أما عند الشافعي فالإكراه يبطئ التصرف . لأن لاطن ولفظ الموقوف
عنده سواء .

ومالك يتخفف . فيجعل تصرف المكره باقياً غير لازم ، أسوة بالعلف
والتدليس والغبن .

والحنابلة يطلون تصرف المكره . وهما هو المذهب عندهم . على أن
هناك قولاً بأنه نافذ غير لازم (١) .

وقد سبق أن أوردنا جميع كل فريق (٢) فلا يعود إلى ذلك

مصوص المذهب الحنفي في فساد بيع المكره .

ونقتصر هنا على رأي أنى حبيبه وصاحبه ، وهم يقولون بفساد تصرف
المكره . لئلا خصوصية هذا الفساد . فهو في بعض أحكامه يختلف عن
امساد انتهى بقدوم بيانه .

يقول الكاساني في بيان حكم صرف الذئع المكره على البيع وتقسيم
معاً ما يأتي . فإما إذا كان مكرها عليهما جميعاً . فباع مكرها وسلم مكرها .
كان البيع فاسداً وحدث الملك لمشتري لما قبلها . حتى لو كان المشتري
عبداً فأعتقه نفذ إصافه . وعليه بقية العبد . لأن بالإعتاق تعدد عليه الفسخ
إد الإعتاق بما لا يمتنع الفسخ . وفقرز أهلاً ، وقررت عليه القيمة . وكان
له أن يرجع بقيمة العبد عليه كالتابع والمكره بالخير . إن شاء رجع على
المكره بقيته ثم لمكره رجع على المشتري . وإن شاء رجع على المشتري .

(١) جاء في الانصاف للمرداوي « جزء ٤ ص ٢٦٥ » « قال كان أحدهما
مكرها لم صح هذا البيع . هذا المذهب بصرطه . عليه الأصحاب . ومن
في القائل قلت ويحتمل الصحة وسبب الجواز عند رواد الإكراه » .
٢ أنظر آخره أساني من مصادر الحق في الجمعية الإسلامية ص ٢٢٩
ص ٢٣٤ .

ولو أعتقه المشتري قبل القبض لا يبع - بعثاقه - لأن البيع الفاسد لا يبيد الملك
 قبل القبض والإعتاق لا ينع في غير ملك . فإن أجاز البائع البيع بعد
 الاعتاق ، فهو البيع وهو يبع - بعثاقه - وهذه المسألة من حيث الظاهر يدل
 على أن الملك تمت بالإجارة ، فكانت الإجارة في حكم الإنشاء . وكما
 يقول إن ملك - ت مالبع السابق عند الإجارة يحرق الاستناد ، والمستند
 مقتصر من وجه ظاهر من وجه ، فإن ألا يظهر في حق المعلق من يقتصر .
 وللبائع حرار المصح والإجارة قبل القبض بعده دهنًا للفساد . وأما المشتري
 فهو حق المصح قبل القبض ، لأنه لا حكمه البيع قبل القبض . وليس له حق
 المصح - القبض ، لأنه طائع في الشراء فكان لا ما في جازمه . لكن إنما
 يملك لما منع فصح هذا العقد إذا كان يحمل المصح ، وإنما إذا لم يكن بأن صرف
 المشتري صرفاً لا يحمّل المصح كإعتاق والتدبير والاستبدال لا يملك المصح
 وتزعم القيمة . وإن صرف صرفاً يحمّل المصح كإعتاق والإجارة والكفالة
 وبحوها ، يملك المصح ، بخلاف ما أثر لساعات الفاسدة فإن صرف المشتري
 يباله الملك يوجب إعلان حق المصح ، أي صرف كان ، ووجه الفرق أن
 حق المصح حدث ثبت له من جمع إلى الموقوف من إرياءة والجراله وبحوها ذلك ،
 وقد زال هذا معنى يروا الموقوف عن ملك المشتري ، وبطل حق المصح ،
 وبما ثبت حق المصح لمع - جمع إلى المالك ، وهو كراهه وهوات رصده وإنه
 قائم ، فكان حق المصح ثابتاً . وكذلك لو «عه لمشتري الذي حتى تداولته
 الأيدي ، له أن يفسح العقود كلها مذكراً . وكذلك إنما يملك الإجارة إذا
 كان يحمّل الإجارة ، فأما إذا لم يكن أن صرف المشتري صرفاً لا يحمّل
 المصح لا تنور إجارته . حتى لا يجب إثني على المشتري بل يجب عليه قيمة
 العبد . لأن أيام المحل وقت الإجارة شرط لحوال الإجارة . لأن الحكم ثبت
 في المحل ثم يستند ، والمالك لا يحمّل الإجارة . والمحل بالإعتاق صار في حكم
 المالك وتقرر هلاكه لأنه لا يحمّل المصح . فيتم على المشتري قيمته . وإن
 صرف تصرفاً يحمّل المصح كإعتاق وبحوها . يملك الإجارة وإن تداولته

الأيدي، وإذا أجاز واحداً من العقود جازت العقود كلها، ما بعد هذا العقد وما قبله أيضاً. بخلاف العاصب إذا باع المعصوب ثم باعه المشتري وهكذا حتى يداونه الأيدي وتوفقت العقود كلها. فأجاز المالك واحداً منها، إما كان يجوز ذلك العقد خاصة دون غيره. ولو لم يجر المالك شيئاً من العقود وسكنه صحت واحداً منهم، يجوز ما بعد عقده دون ما قبله. والعرف أن في باب العصب لم ينعقد شيء من العقود بل توقف بعد لكل على الإجازة، فكانت الإجازة شرط الباع، فيبعد ما خلفه لشرط دون غيره. أما ههنا فانعقد ما توقف بعادها على الإجازة لوقوعها بائعة من الإجازة، إذ الفساد لا يمنع الباع، فكانت الإجازة إله الإكراه من الأصل، ومتى حار الإكراه من الأصل، جاز العقد الأول، ويجوز العقود كلها. وهو الفرق وبخلاف ما إذا ضمن المعصوب منه أحدهم، لأنه ملك المعصوب عند اختيار أحد الصمان منه من وقت حديثه وهو القصد، إما بطريق الظهور وبما بطريق الاستناد على ما عرف في مسائل الخلاف، فلا يظهر فيما قبله من العقود، وهما بخلافه على ما مر، (لبدائع جرد ٧ ص ١٨٧ - ١٨٨) - وانظر أيضاً المتوسط للشرح ص ٢٤ ص ٣٨ - ص ١٥٥ فتح القدير ٧ ص ٢٩٢ - ص ٣٠٩).

ونبين من لص الأذى ومنه أن يبيع المكره فاسد، وإنه يختلف عن البيع الفاسد. وبما في البيع الموقوف في وجوه، ويتفق مع البيع الفاسد. ويختلف البيع الموقوف في وجوه أخرى.

أن يختلف بيع المكره عن البيع الفاسد وبما في البيع الموقوف .
يكون ذلك في الوجوه الآتية .

أولاً : أنه على البيع إجازة العود المكره وهو النع، من القصد بعده، ويقتل ببيع صحيحاً، لأن المصالح فيه حتى لا يخفى الشرح.

بخلاف البيع الفاسد لغير الإكراه ، فلا يرد عليه الإحالة أصلاً ، لأن الفساد فيه لحق الشرع .

ثانياً - ينقطع حق العاقد غير المكره ، وهو المشتري ، في الفسخ بعد القبض ، فيلزمه البيع إذا قبض المبيع ، لأن رصده لم يثبت إذ لم يشبه إكراه . والذى فات هو رجاء البائع ، ولذلك يملك الفسخ بعد القبض كما عرفت الإجارة . وهذا بخلاف البيع الفاسد لغير الإكراه ، فلكل من العاقدین فسحه حتى بعد القبض ، ولا ينقطع حق الفسخ إلا بصرف المشتري أو تغير المبيع .

ثالث - في بيع المكره إذا تصرف المشتري في المبيع تصرفاً قابلاً للفسخ كالبيع ، لم ينقطع حق الدائع في الفسخ ، فإذا ما فسخ إسترد المبيع من أي يد مهما تداولته الأيدي . وهذا بخلاف البيع الفاسد لغير الإكراه ، ففيه إذا تصرف المشتري في المبيع ينقطع حق الدائع في الفسخ . وذلك لأن حق الفسخ ثبت لمن يرجع إلى المملوك من أربابه والجهالة ونحو ذلك ، وبعد زال هذا المنع برؤا المملوك عن ملك المشتري ، فمطل حو الفسخ . فمما ثبت حق الفسخ لمن يرجع إلى المالك ، وهو كراهته وهوان رصده وإذنه قائم ، فكان حق الفسخ ثابتاً . (١)

أبني بنفق بيع المكره مع الباع الفاسد وبخلاف البيع الموقوف .
يكون ذلك في الوجهين الآتيين :

أولاً - يجوز في بيع المكره لكل من الدائع والمشتري فسخ البيع قبل القبض . أما البيع الموقوف فلا يملك أحد فسخه إلا في حالات معينة ، وإما

(١) وسدوا حكم الفلأ في بيع المكره بنفق مع حكمه في كل من بيع الموقوف والبيع الفاسد . فإذا قبض المشتري المبيع وهلك في يده . فارتكبت قبل الإحضار هلك بالفسخ أو بالتمسك . وإن كان بعد الإحضار هلك بغير المسمى وكذلك الحكم في البيع الموقوف بغير الإكراه . وفي البيع الفاسد . إذا هلك المبيع في يد المشتري هلك بالفسخ أو بالتمسك . لا بصور هلاكه . فمن المسمى لأن البيع الفاسد لا ترد عليه الإحضار .

ملاك من يوقف لبيع لمصلحة أن يجزه ويعد ، فإن لم تلحقه الإجارة بطل دون فسخ .

١٠١٢ في بيع المكره إذا تصرف المشتري به القصر تصرفا غير قابل للنسخ ، كما لو كان المبيع عدا فاعتقه ، فإن حق البائع في الفسخ يقطع ، ويرجعه على المشتري ، القيمة أو المثل ولا يرجع الثمن المسمى لفناء البيع . أما إذا كان الإعتاق قبل الفسخ ، فيقطع حق البائع في الفسخ فإن فسخ سقط البيع والإعتاق . وإن أجاز في البيع وسقط لإعتاق لأن استناد الأجره هنا مقصور وفي البيع الموقوف لمصلحة البائع ، إذا تصرف المشتري ولو تصرفا غير قابل للنسخ ، فإن حق البائع في عده ، هذا البيع لا يقطع ، فإذا لم يجر سقط البيع وإعتاق معا ، وإذا أجاز به البيع والإعتاق معا ، ورجع على المشتري الثمن المسمى ، لا القيمة أو المثل كما كان يرجع في بيع المكره على مامر .

ترجيح الوقف على العدا في بيع المكره :

ويمكر أن يستخلص مما قدمناه النسخ الآتية .

(١) بيع المكره قد يبرح أثرا باعتباره تصرفا شرعيا ، وذلك إذا حقيقته إجارة لئان قبل القصر أو بعده . والبيع الفاسد لغير الإكراه لا يفتح أى أثر باعتباره تصرفا شرعيا كما سبب القول .

(٢) بيع المكره ، كواقعة مادية ، لا يرتب عليه الشرح - كما يرتب على البيع الفاسد لغير الإكراه - إسقاط الملك إذا تصرف المشتري في المبيع وتداولته الأبدى .

(٣) في غير ما تقدم تنقذ بيع المكره مع البيع الفاسد لغير الإكراه . فهو كصرف شرعى قابل للفسخ قبل القصر . وهو كواقعة مادية يقل ملكا مسقرا إذا تصرف المشتري في المبيع تصرفا غير قابل للفسخ .

ولاوى الأخذ رأى وهو اعتبار بيع المكره موقوفا لفاسدا . فإن ما يفتق فيه بيع المكره مع البيع الموقوف من الأحكام أهم مما يفتق فيه هذا

إذا كان صادراً من عديم الأهلية فاعقد رطل . ويكون انعقد أيضاً موقوفها إذا كان محله غير مملوك المستصرف ، أو كان مملوكاً له وتعلق به حق العير فبب توقف العقد يرجع إذن إلى إرادة نافضة أو إلى محل ناقص .

وحالات العقد الموقوف كثيرة متعددة ، حتى قيل إن عددها وصل إلى ثمانى وثلاثين حالة ، كثير منها لا يكون العقد فيها موقوف التمام بالمعنى الدقيق . بل موقوف الاعتماد أو موقوف الصحة أو موقوف اللزوم . والحالات التي يكون فيها لعقد موقوف التمام يمكن ردها إلى أحد أسس السالى الذكر . نقص الأهلية أو نقص المحل .

ويتمثل السبب الأول فى الصبي المميز ، ويندرج تحته العبد وسعته المميز والسفيه ودو العملة ، وكذلك المسكره فى قول زهر من حيث أن إردمه ناقصة كإرادة ناقص الأهلية .

ويتمثل السبب الثانى فى القصور ، ويندرج تحته لائق إذا باع مرة أخرى من غير مشترطه ، والمأص ، والمرند ، والنائب ووكيل النائب إذا جاور الحدود المرسومة للنيابة ، ومثل العين المرهونة أو العين المؤجرة أو العين المعطاة مرارعة إذا كان اليد من قبل العامل ، والمريض مرض الموت إذا باع نوارته ، ووصى الميت إذا باع للوارث ، والوارث إذا باع لمورثه المريض ، والورثة إذا باعوا التركة المستعركة ، أو المولى إذا باع عده المأذون (١) .

والعقد الموقوف معروف فى الفقه الحنبلى وفى الفقه المالكي وفى رواية عن أحمد بن حنبل فى الفقه الحنبلى . وفى الرواية الأخرى فى المذهب الحنبلى وفى مذهب الشافعى لا يعرف العقد الموقوف ، وهو والعاسد والباطل سواء . فنحن إذ نستعرض حكم العقد الموقوف نستعرضه فى المذهب الذى نعرفه ،

(١) انظر فى ذلك معالاً للدكتور ركنى عبد الرزاق فى العقد الموقوف فى الفقه الإسلامى وفى القانون المدنى العراقى وما يقاسه فى القانون المدنى المصرى . . مجلة القانون والاقتصاد العدد الخامسة والعشرون ص ١٢٢ - ص ١٤٢

وتسلكم تباعاً : (١) في حكم العقد الموقوف لنقص الأهلية (٢) وفي حكم العقد الموقوف لتعلق حق العير بالمحل .

المطلب الأول

حكم العقد الموقوف لنقص الأهلية

ترتيب المولدية على الفاصر والمجهور :

أول الأولياء هو الأب ، ثم وصيه ، ثم وصي وصيه . وعلى ذلك الحد لأب ، ثم وصيه ، ثم وصي وصيه . وعلى ذلك القاضي ، ثم من نصبه القاضي وهو الوصي . وليس لمن سوى هؤلاء من الآء والآج والعلم وغيرهم ولا به التصرف في مال الصغير ، إلا من نصبه القاضي وصياً .

ويلحق بالفاصر المحجور عليه لحوز أو عته أو عتمة أو سبه . فيصت له قيم يكون بمثابة الوصي

مدى ولدية الولي في التصرف في مال الصغير أو المجهور :

لا يملك الولي ، أيا كان ، أن يتصرف في مال الصغير أو المحجور تصرفاً صاراً ضرراً محضاً . فليس له أن يهب مال الصغير أو المحجور ، ولا أن يتصدق به ، ولا أن يوصي به . ولا أن يعتق عبده . ولا أن يقرص ماله .

ويملك الولي ، أيا كان ، أن يباشر لمصلحة الصغير أو المحجور تصرفاً داخلياً صعباً محضاً ، فله أن يهب الهبة والصدقة والوصية والعارية والكمالة وأن يزوجه أمته .

أما التصرفات التي تدور بين النفع والضرر ، فيملكها الولي بشرط أن يُلحق بالصغير أو المحجور العين الفاحش . فله أن يبيع مال الصغير أو المحجور

تصرفات نافض الأهلية قبل الإجازة .

التصرف الذي يدور بين المبيع والمصرف وبإياديه نافض الأهلية يعتقد صحيحا . ذلك أن عبارة نافض الأهلية صالحة لإنشاء التصرفات ، فهو فائز عن فهم معاني إشارات التي تنعقد بها الحقير .

وكان لما كانت قدرة بعض الأهلية على إخراج ماله من حدوده ، وكان التصرف يدور بين المبيع والمصرف ، فإنه لا يؤمن على ماله من جهة ماله عليه التصرف من نفع أو ما يلحقه من حسارة ، فكان تصرفه موقوفا لا يدر هذا المثل ، حتى يأتى بعده . أما عند شأني فانصرف أهل لا يعتقد . ورواهاه الوي .

والدقيق من الحكم صاه . فليس معنى أن التصرف موقوف هو أنه معتقد ، أو أنه يعتقد فائضا من التصرف قد يعتد عليه ، لكنه لا يدرج أنه قبل إجازة أولى له فصل إجازة تكون مع القاصر المأثوم ، أو أكثر من قيمته موقوف الآلة . ولا يدرج بمسألة المبيع من المشتري . ولا من المشتري دفع المثل . ولكن ليس . وإن كان موقوفا . لا يمكن فالألمسح فلا يبرر فسخه ولا إجازته . لاس من سري ولا من نافض الأهلية . على هـ . ير أن يتربصا بأسع إجازة الوي . فإن أحدهما يبيع ، وإن يجز بطل .

وخلص من ذلك أن تصرف في فترة وقته لا يكون له وجود مادي حسب ، بل يكون له أيضا وجود قانوني ، لأنه يعتقد . من يعتد صحيحا ولكن هذا الوجود القانوني لا يترتب عليه آثاره ، فهو من هذه الجهة يقارب العقد الباطل ، ولكنه يفسد في أن الآثار موقوفة لا معدومة وهي على خطر النفاذ أو الزوال .

الإجارة — تحفظها أو تلفها

يبقى تصرف ناقص الأهلية موقوفاً على النحو الذي قدمناه ، إلى أن يبين مصيره بإجارتته أو بعدم إجارتته . فإن أجبر نفذ ، وتميز عن التصرف الباطل تميراً كبيراً إذ أصبح تصرفاً نافذاً . وإن تحلقت الإجارة بعدم ، واحتلظ بالتصرف الباطل فأصبح باطلاً مثله . وليس هناك وقت معلوم إذا انقضى اعتبر لتصرف محاراً أو غير محار ، بل يبقى التصرف موقوفاً إلى أن يعلن من له حق الإجارة إجارتته أو عدم إجارتته .

والإجارة تصرف قابض يستند إلى وقت التصرف ، وسند ذلك بمقتضى عقد الكلام في إجارة تصرف المصطفى . والذي يملك الإجارة هو الولي أو ناقص الأهلية ، عندما يستكمل أهليته كما سبق القول ، ويجب أن يكون هناك محيز لتصرف وقت صديقه ووقت صدور الإجارة . فإذا صدر من ناقص الأهلية تصرف لا يملكه عليه ، كان لتصرف باطلاً فلا تلحقه لإجارة . وقد يكون المحيز وقت صدور الإجارة غير المحيز وقت صدور التصرف ، فيكون هناك ولي يملك الإجارة وقت صدور التصرف ، ثم لا يكون هو المحيز ، بل يحيز التصرف ناقص الأهلية عند استكمال أهليته . لكن إذا أعلن الولي عدم إجارتته للتصرف ، لم تصح الإجارة بعد ذلك من المتصرف نفسه بعد استكمال أهليته ^(١) .

١ . ويقول الكاساني في صدد إجارته تصرف ناقص الأهلية ما يلي : « وكذلك الصبي المحجور عليه إذا باع مال نفسه أو اشترى أو تزوج امرأة أو زوج أمه أو كانت عبده أو فعل بغيره ما لو فعل عليه وبغيره إجارته . سوقف على إجارته ولبه مادام صغيراً ، أو على إجارته بنفسه بعد البلوغ أن لم يوجد من ولبه في حالة صغره . حتى لو بلغ الصبي قبل إجارته الولي . فحذر نفسه ، حذر ، ولا سوقف على نفس السويع من غير إجارته . لأن هذه التصرفات لها محيز حال وجودها . ألا ترى أنه لو فعلها ولبه حازر فحتمس السوقف على الإجارة . وإنما يتوقف على إجارته بنفسه أيضاً بعد البلوغ كما سوقف على إجارته ولبه في حالة صغره ، لأنه لما بلغ فقد مكث

« بيع الفصول لا يعتد في حق الحكم عند محمد وهو الملك لا بعداء الولاية . وعندهما
بوجه موقوف . لأن الأصل اتصال الحكم بالنسب . والتأخير لدفع الضرر
عن المالك . والضرر في هذا الملك لا في توفيقه . وعند مالك نص في الفصول
موقوف أيضا (١) . وهو إحدى الروايتين في مذهب أحمد بن حنبل . »

أسع على أسد القولين « الوحر ١ ص ١٣٤ . وحاء في شرح أبيه
« رد بيع الفصولي من باع مال غيره بولاية . كذا ورد شرأوه بعد . من
مملكته سواء أو غيره أو شئ في ذمته كما فهم بالاولى إذ لا يسأل على
ذمته بخلاف . كان يقول اشترى بفلان كذا دفع في ذمته . قال به بعض
في ذمته وقع العقد المباشر كما ذكره الرافعي في الوكيله . أما لو اشترى
بغيره بغير ذمته . قال لم يسمعه وقع للمساخر وان ادعى . وان سمعه
من له ذمته لم يسمعه وقع للمساخر والا وقع للأول ويكون للعقلى
معرض ولا يقوم اليه هذا مقام التسميه كما ذكره السجستاني . وفي القدر
عقد الفصولي موقوف على الأجزاء لغير من داود عن غيره الباردى .
وهو قوي في الدرس على الخبر المذكور فيه صححه لكن ضعفه . هـ .
« من احتطى أنه غير متحمل . وقال سبح الإسلام أن حقا حساب
به مفسد في أسباده منهم . شرح الهبة بركتها الانتصاري ٢ ص ١٤٦ .
١ حاء في الفوائيد الفقهية . « فاما السراء لأحد بغير اذنه أو البيع
عنه كذلك فهو بيع فصولي . فضعفه ويوقف على أدنى ربه . وقال
اسبغى لاسعند « ألفوا في الفقه لاس حرى ص ٢٤٥ - ص ٢٤٦ .
وحاء في بداهة المصنف « وأخلصوا من هذا في بيع الفصولي من عقد
« لا . وصورة أن يبيع الرجل مال غيره بغير أن رضي به صاحب المال
أمضى البيع وإن لم يرض فصح . وكذلك في شراء الرجل للرجل بغير اذنه على
به أن رضي الميسرى صح الشراء والا لم يصح . فضعفه اسبغى في الوحيين
جميعا . وإخاره مالك في الوحيين جميعا . وفرق بينه أبو حنيفة بين بيع
« أسراء فقال يجوز في أسيع ولا يجوز في السراء . وعمدة المالكية مروى
أن النبي صلى الله عليه وسلم دفع إلى عروة أنبار في دينار وقال اشترى
من هذا أنبار شه . قال فاشترى ثمانية دينار وبعث إحدى أسبغى
دينار . وحسب بالثلاثة والدينار فبعث بالدينار أنه هذه ثمانية ودينار كرم .
فقال اللهم بارك له في ضعفه بضعه . ووجه الاستدلال منه أن النبي صلى
الله عليه وسلم لم يأمره في الباء الثلاثة لا بالسراء ولا بأسيع . فصار ذلك
حجة على أبي حنيفة في صحة الشراء للغير . وعلى الشافعي في الأمر بجمع
وعنده الشافعي الهى الوارد عن بيع الرجل ما يبيع عبده . وأما كنه تحمله
على بيعه لنفسه لا لغيره . قالوا والدليل على ذلك أن الهى إنما ورد في حكم
من حرام وفصيحة مشهورة . وذلك أنه كان يبيع لنفسه ما يبيع عبده .
وسبب الخلاف المسألة المشهورة هل إذا ورد الهى عن سبب حمل على
سببه أو نعم (ابن رشد طبعة الحاشي ٢ ص ١٤٣ - ص ١٤٤
(٢) حاء في المعنى « وأن اشترى بغير مال الأمر أو باع بغير اذنه أو

ويترتب على أن يبع الفصول موقوف النتائج الآتية .

(١) إذا سلم الفصول المبيع إلى المشتري ، فهلك قبل الإجاره ، فللمالك أن يضمن الفصول أو المشتري أيهما شاء . وأيهما اختار صمائه يرى الآخر . لأن في التضمن تمليكاً منه ، فإذا ملكه من أحدهما لا يمكن تمليكك من الآخر . فإن اختار تضمين المشتري ، ظل البيع ، لأنه يرجع عليه بالقيمة لا بأثر

أشترى من مالكه بغير ماله ، باع ماله بغير أدبه - فمعه رويان ، أحدهما البيع بالنسيئة ، وحب رده - وهذا مذهب السافعي وأبي ثور وابن المنذر . والثاني البيع والبراء صحاح ، ويقع على أحازرة المالك - فإن أحازره بعد إرم البيع - وإن لم يحضره بغير - وهذا مذهب مالك وأصحابه - فإن أبي حنيفة في البيع من أسراء فعليه مع الميسري بكل حال . ووجه هذه الرواية ما روي عن عروة بن الحجاج السرمي رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم أعفاه د ر السرمي به شاة . فشرى سائتين به د أعفاهما بدينار في الطريق - فإن قبض النبي صلى الله عليه وسلم بدينار واستأجره وحضره - فعلى بدينار أنه يك في صفقه بيمينك ، ورواه الأثرم وابن حبان . ولأنه فعليه محضر حال وقوعه - فحب أن يقع على أحازره كالموسم . ووجه الرواية الأولى قول النبي صلى الله عليه وسلم لحكيم بن حزام لا تبع منس منس - رواه ابن حبان وأحمد بن حنبل . وقال حدث حسن صحيح : عني مالك . لأنه ذكره حوار به حين سألته أن يبيع الشيء ثم يعطي فسرته ويسمعه . ولا يفتاد عني صحاح مع مال أعفاه . ولأنه باع مالا بعد عني سفيمة فسه الفطر في الهواء . وأومسه بمحضر بها القول عن الأصحاب . ولا يفسر أن يكون لها محضر حال وقوع العقد ، وحبورها فيها من المهر ما لا يجوز في البيع . فمما حدث عروة فعليه على أن وكلته كتب مطعنه بدليل أنه سلم وسلم ويس ذلك لعير المالك بدينار . ولو باع سلمه وصاحبها حاضر بكر . فحكمه حكم ماله بدينار من غير علمه في قول أكثر أهل العلم . منهم أبو حنيفة وأبو ثور والسافعي . وقال أبو أيوب ليلى سكونه أقرار لأنه دليل على إرضاء . فسه سكون الكفر في الأدب بكناحها . وبأن السكون محمول . فلم يكن أدب ككوب السب . وعارف سكون الكفر لو حود الحياء المانع من الكلام في حقها . وليس ذلك بموجود هنا " (المعنى طبعة ثالثة) ص ٢٠٥ ٢٠٦)

وحاق في الانصاف للمرداري " فإن باع ملك غيره بغير أدبه أو اشترى بغير ماله شيئ بغير أدبه - لم يصح . وهو المذهب ، وعليه أكثر الأصحاب . ووجه بطلان بيعه على أحازرة المالك . اختاره في العائلي وقال لا يقص ولا أفاض من الإحازرة " ١ جزء ٤ ص ٢٨٣ - وأطر أيضا القواعد لأن ربح القاعد الخامسة وأسمي فيمن تصرف في شيء بظن أنه لا يملكه فسين أنه كان يملكه) .

المسمى ، وأحد القسمة كأحد العين ، فكأنه أبرج العين من يده ولم يجز البيع فصل .
 ورجع المشتري على الفصولى بأثر الذى دفعه له . لا بد من . وإن حذر
 فصل الفصولى ، نظر من كان الفصولى قد فصل البيع من ماله مضمون عليه
 ويكون . ملكه بالصلح مسدداً إلى وقت القبض أى إلى وقت سابق على
 صدور البيع إلى المشتري ، فيكون له قد صور من ذلك وبعد . أما إذا
 كان الفصولى قد فصل البيع من ماله أمانة في يده . ويكون وقت أن يده
 المشتري . مالك . وإنما وجب ضمان غاية تسليمه البيع للمشتري بعد
 صدور البيع . فلا يعقد معه لأجر سبب ملكه عن عقد البيع . ويجمع
 لفصل على المشتري بالقيمة لأن المشتري لم يبرج ملك يده ويدين
 ضمان (وج تقدير ٥ ص ٣١٣ - آخر ٦ ص ١٤٩)

(٢) . راجع الفصولى لبيع إلى المشتري . فإما المشتري البيع من مستر
 رن ، فإى عقد أحاه المالك حازه المقتدر حصة دون العقد الآخر . ذلك
 أن الفصولى . تسليمه البيع إلى المشتري يكون عاصياً . وأما صاحب دار
 المحسوب ورسمه ، ثم باعه لغيره من غيره ، ثم أحاه المالك أحد البيوع
 فبأنه باعه ما أحاه المالك حاصه . لأن العاصب لا يبرج ملكه . فكل من
 هو من البيوع . ويقف على إحاؤه ليدفعه ملكه . فيكون حازته لأحد البيوع
 تمسكاً بعدد من المشتري بخلافه . البيع . إلا أنه ما سواه (استحسن
 فى مسعود ٢٤ ص ٩٦) وقد يقال إن ذلك إذا أحاه مع الأول وتضمن
 الملك إلى المشتري من العاصب . وجب أن يضمن العاصب البيع إلى المشتري
 أن المشتري من العاصب قد باع ملكه إلى المشتري . وسكر . دعى
 ذلك بأن ملك المشتري من العاصب أصلاً . لا حصة . وملك المشتري من
 المشتري موقوف بعد إحاؤه . والمالك يبرج ما ورد على الملك الموقوف
 أنظاره حازه من عديد : . وأما عدمه فقد لبيع (أى البيع الصادر من
 المشتري من العاصب بعد إحاؤه الملك لبيع العاصب) . فحلله بالإحالة . لأنه
 يثبت بها الملك للمشتري باتاً ، والمالك أنات إذا ورد على الموقوف أنظاره

وكذا وهو مولاة يعاصب أو تصدق به عليه أنه مات فوراً . فهذا كله
من الملك الموقوف . وأما ما عدا ذلك من يعاصب بعد أداء الصلوات مع
أنه طأ ذلك بأن يعاصب من مات من قبله في موقوفه . وأحب أن ملك
يعاصب ضرر من صبه أو أنه صلب في غير في إبطال ملك المشرك .
(ابن عديم ٤ ص ٢٢٠) . وجاء في المحرر القلي وأما بيع المشرك من
يعاصب قبل الإزالة فلا يثبت له ملك يثبت له ملك المشرك
من ملك المشرك ولا يثبت له ملك ولا يثبت له ملك
أو تصدق به عليه أو مات فوراً كانه يثبت الملك الموقوف لأنه
لا يصور إبطاله أو يثبت في من وحده
الحد ٦ ص ١٥١ ذلك أنه ص ١٥٢

(٣) ما كان بيعه
من وله عند
بعد جاء في المصنف
أن
ملكه على
و
كما في المصنف
هو أيضا
ملك موقوف

ونميز المالكية بين ما إذا ملك المصنف المبيع بالثبات وتعلقه بالثبات
له فصح أن ينقضي البيع له
المبيع
له
المصنف
الحق يظن البيع

الكبير للدردير . وللعاصل . باع المصوب قبل ملكه من ربه نقص بيع ما باعه أو وهبه أو أعتقه أو وقفه إن ورثه من المصوب منه ، لا انتقال ما كان لمورثه له ، لا إن اشتراه من المصوب منه بعد أن باعه أى أو ملكه بهته أو صدقه من المصوب منه فليس له النقص - ربه . من فروع هذه المسألة شريك فى دار باعها كلها تعديا ، ثم مال حط شريكه ، فإن ملكه يارث رجع فيه ويأخذ نصيبه بالشفعة ، وإن ملكه شراه أو هبة أو صدقة فلا رجوع له ، (الدسوقي على الشرح الكبير للدردير ٣ ص ١١) .

بيع الفضولى قبل الإجازة قابل للمخ من الطرفين :

عنى أن بيع الفضولى ، وهو موقوف قبل الإجازة ، هو أيضا قابل لمسخ من الجهتين : جهة المشتري وجهة لفضولى نفسه . وهذا بخلاف بيع ناقص الأهلية ، فقد قدما أنه موقوف ، ولكنه غير قابل لمسخ لا من جهة المشتري ولا من جهة ناقص الأهلية . ومن ثم يكون لفضولى مسح لبيع الصادر منه ، حتى لو أن المالك أجازه بعد ذلك لا ينع - روال العقد الموقوف . وإنما كان له المسح لبدفع الخقوق عن نفسه ، فإنه بعد الإجازة يصير كوكيل ، فترجع حقوق العقد إليه ، فيطالب بالتسليم ويخاصم بالبيع ، وفى ذلك ضرر به ، فله دفعه عن نفسه قبل ثبوته وللمشتري مسح البيع قبل الإجازة ، تحريرا عن رواد العقد . جاء فى البدائع . . . ولو مسح لناع (الفضولى) قبل الإجازة انفسح واسترد المبيع إن كان قد سلم ، ويرجع المشتري ما شئ على البائع إن كان قد بقده . . . وكذا إذا مسح المشتري بمسح . . . إن البيع الموقوف يورثت به الإجازة ، فحقوق ترجع إلى العقد ، فهو بالمسح يدفع لعمدة عن نفسه . فله ذلك ، (البدائع ٥ ص ١٥١ - انظر أيضا فتح القدير ٥ ص ٣١٢ - البحر الرائق ٦ ص ١٤٨) .

أما فى مسح مالك بيع الفضولى لزم من جهة لفضولى ومن جهة المشتري ، محل من جهة المالك .

شراء الفضولي :

في المذهب الحنفي إذا اشترى الفضولي شيئاً لغيره، وأصاف العقد لنفسه، هو والبائع، وم بصيغته من الغائب، فإن العقد يفسد في حقه هو ولا يتوقف على إجازة الغائب. فيصبح بحكم هذا العقد الباطل في حقه مشترياً لنفسه، وهو المالك لما اشتراه والمدين بتمه. وله أن يبيع ما اشتراه، بعقد مبدئياً، إلى الغائب أو إلى غيره، وهذا ما لم يكن الفضولي من غير أهل لزوم العهدة. بأن كان صديقاً أو محجوراً، فلا يحد للعقد نقاداً عليه لعدم الأهلية، فيتوقف على إجازة الذي اشترى له. أما إذا أصاف العاقدان العقد إلى الغائب، فإنه ينصرف إلى هذا الغائب ويتوقف على إجازته. كما في بيع الفضولي.

وقد جاء في الفتاوى الخافية في هذا الصدد ما يأتي : « وشراء الفضولي لا يتوقف، ويكون مشترياً لنفسه. وهو على وجوه أربعة : أحدها أن يقول البائع بعت هذا من فلان الغائب ألف درهم، ويقول الفضولي اشتريت لفلان أو يقول بعت لفلان أو قال بعت ولم يقل لفلان. فهذا العقد يتوقف على إجازة الغائب. إن أجاز يكون الشراء لفلان، وإن لم يجر يطل للعقد. والثاني أن يقول المالك بعت هذا منك بكذا، فقال الفضولي بعت أو اشتريت وبوي الشراء لفلان. فإن الشراء يفسد عليه، ولا يتوقف. ولو قال الفضولي اشتريت هذا لفلان بكذا، وقال البائع بعت منك، قيل فيه روايتان. والصحيح أنه باطل لا يتوقف... والرابع أن يقول المالك بعت منك هذا بكذا لأجل فلان، وقال المشتري اشتريت أو بعت، أو قال المشتري أو لا اشتريت هذا لأجل فلان فقال البائع بعت، فإنه يفسد على المشتري ولا يتوقف. رجل اشترى عبداً وأشهد أنه يشتريه لفلان، فقال للبائع اشتريت منك هذا لعبد لفلان، وقال البائع بعت، وقال فلان قد رصيت. ذكر الطحاوي رحمه الله تعالى أن للمشتري أن يمنع العبد عن فلان، لأن الشراء وجد نفاداً على العبد فيمنع عليه. فإن سلم المشتري إلى فلان، كانت العهدة للبائع على المشتري

وهو لعقد، ويكون تسليم المشتري إن فلان عملة بيع مستقل جرى بين
المشتري وبين فلان... رجل باع عند غيره... من أوفى بعرضه
أو شيء بعينه سوى الدراهم والدينار، ثم أجاز المولى بعنه، جاز بعنه،
المشتري ما بعد يكون للمشتري وعليه قيمة العدة لانه، لأن شراء ذلك
شئ لا يتوقف فكان مثرياً لنفسه، فاصياً ثمه بالعد بين مولى، فيكون
مشتري العدة، (الفتاوى الخاتمة على هامش الفتاوى الحسية ٢ ص ١٧٣
ص ١٧٤) - انظر أيضاً البحر الرائق ٦ ص ١٤٩. وفي خصوص هذه
مسألة الإحارة جاء في فتح القدير... هذا الذي ذكره... كان لثمن دينار
من كل عام... وانع المصروف ملك غيره بعرضه... مبادعة،
انه قد جاء الأربعة المذكورة وخامس وهو ذلك من العرض، وإذا أجاز
ملك المبيع وثن عرض، فالمصروف يكون مالاً للمعسر، وبذلك هذه
الاحارة أنه أحاط بمصروف أن يقدّمه، فاشتراه من ذلك العرض من ماله،
فإن لم يقدّمه... لم يصح، وقدّمه من ماله فربما عدت، فإن
كان مبيعاً فبيعته، وإن كان فمما كسب أو حاز به فبيعه، فبيعه
مستحب، فربما له لئوب، وانقرض من... في المحبات لكن ذلك
إذا كان قصداً وقد... ب... موصى لصحة الشراء، فيراعى فيه شرائط
صحة المقتضى، هو أنه لا عيب، كالنكس بالمسرف في أدائه من أن يقسه
يعسر، فربما حتى... فبيعه ان كان له مال، لأن لئوب يعني، في باب تسليم
فكرك فيما نحن بعبارة فكرك، اهـ، إذ لا صحة لشيء بعد لا بقرص الجارية،
والشراء مثله، فمما يملكه يكون مشروعاً، فتح القدير ٥ ص ٣١٢ - وأما
الحج، "الائق ٦ ص ١٤٨، وبمعنى الإحارة فقد لا إحارة عقد).

أما في هذا المألكي، فتراء "المقصود" كدء، فم هوو دائما، أصيف
يعقد من دء أو أصيف من "المقصود"، جاء في الحصب : دء يدكر
المصيف حكاه "المقصود"، و حكمه كدء، فان في المة المة من باع ملة
لغيره من إءه، فو السع يعقد، لا يكون للشاع أن ينحل عنه إذا أجار.

ذلك ربحاً . وكذلك إذا اشترى له سلعة بغير إذنه ، فلا يكون للبيع حل
الصفة إذا أحدها المتاع له لنفسه انتهى فإن لم يجر الشراء ، لم تمت السلعة
المشترى الفضولي . ولا رجوع لرب المال على البائع بما دفعه له المشتري ،
إلا أن يكون المشتري أشهد عند الشراء أنه إنما اشترى لفلان بماله وأن البائع
يعلم ذلك أو صدق المشتري فيه أو تقوم بينة أن الشيء الذي اشترى به ملك
المشتري له . فإن أخذ المشتري له ماله ولم يجر الشراء ، انتقص البيع فيما
إذا صدق البائع ، ولم ينتقص في قيام البينة أن المال له بل يرجع على المشتري
بمثنى الثمن ويلزمه البيع ، هذا قول ابن القاسم وأصعب ، (الخطاط ٤ ص ٢٧٢
انظر أيضا حاشية العدوي على الحرثي ٥ ص ١٨) .

إجازة تصرف الفضولي - شروط صحتها :

الإجازة تصدر من المالك ، ويجب لصحتها أن تتوافر الشروط الآتية :

(١) قيام الأطراف الثلاثة وقت صدور الإجازة . البائع والمشتري
والمالك . فومات أحدهم قل صدور الإجازة من المالك ، لم تصح الإجازة ،
ولا تقوم الورثة مقام من مات . جاء في فتح العدير : « ولو هلك المالك ،
لا ينفذ بإجازة الوارث ... وهو بخلاف القصة » أي حنيفة وأبي يوسف ،
فإن لقصة الموقوفة على إجازة لعائذ لكبر جازت بإجازة ورثته بعد موته
استحساناً ، لأنه لا فائدة في نقص القصة بالإجازة . وقول محمد بن القاسم
مباركة كاسع ، فلا تجوز إجازة ورثته ، هو القيس ، والإستحسان مقدم ،
(فتح العدير ٥ ص ٢١٢ ص ٢١٣) .

(٢) قيام المبيع ، وكذلك الثمن وكان عيماً . فو هلك قبل إجازة المالك ،
لم تصح الإجازة . فإن كان قد هلك في يد المالك ، هلك عليه . وإن هلك بعد
التسليم إلى المشتري ، فالمالك ، الخيار بين شاء ضمن الفضولي وإن شاء ضمن المشتري
على التفصيل الذي قدمناه .

(٣) أن يكون للتصرف مجزئ وقت صدوره . ذلك أن التصرف إذا لم يكن
له مجزئ وقت صدوره ، لم تصور إجازته فوراً عقب صدوره ، وإجازته في

المستقل قد تحدث وقد لا تحدث ، فإن حدثت كان الاستعداد مفيداً وإن لم تحدث لم يكن مفيداً ، فلا ينعقد التصرف مع الشك في حصول الفائدة أحداً بقاعدة أن مالاً يكن ثانياً يبيع لا يثبت مع الشك . فإذا لم ينعقد التصرف لانتلقه الإجارة لأن الإجارة للبعث . أما إذا كان التصرف غير وقت صدوره . أمكن تصور الإجارة في أجل عقب صدوره . فكان الاستعداد مفيداً ينعقد ، فتلقه الإجارة . ورى من ذلك أنه يشترط لصحة الإجارة قيام كل عاصر التصرف — العاقدين والمحل والمجيز — وقت صدور الإجارة ووقت صدور التصرف . أما أنها تكون قائمة وقت صدور الإجارة ، فلأن الإجارة لها حكم الإشاء من وجه ، ولا يتحقق الإشاء بدون العاقدين والمعقود عليه . لذلك كان قيامها شرطاً لمحو الإجارة ، بدائع ٥ ص ١٥١ . وأما أنها تكون قائمة وقت صدور التصرف ، فيبدو أن السبب في ذلك يرجع إلى فكرة استناد الإجارة إلى وقت صدور التصرف ، فإدام العقد إذا أجزى بعد من وقت صدوره وجب أن يكون عاصر استناد قائمة في هذا الوقت . وهذا وهب الفصولي مال المانع أو تصدق به أو أعتق عبده ، انعقد التصرف موقفاً على الإجارة . لأن المانع يملك هذه التصرفات بنفسه فكان لها محيز وقت صدورها ، فتوقف على إجارة المالك . أما إذا كان المالك صبياً أو محجوراً أيسر من أهل هذه التصرفات لكن التصرف غير وقت صدوره . فلا ينعقد ، ومن ثم لا تلحقه الإجارة .

كيف تكون الإجارة :

والإجارة تكون بالقول أو بالفعل . ونرى لفظ يدل على الإجارة يكفي . فإذا قال المالك أجزت أبيع أو رصيت به أو قنته أو أؤتي عطي في هذا المعنى . كان هذا إجارة (الفتاوى الخاتمة ٢ ص ١٧٤ — حاشية الفصولين ١ ص ٣١٥ — ص ٣١٦) . والإجارة بالفعل قد تكون صريحة أو صمنية . فتسليم المالك المبيع للشئ أو أحد ثمنه إجارة صريحة بالفعل : وهبة

المالك الثمن لمشتري أو الصدق به عليه إجارة، الفع صمية . وسكوت
المالك بعد علمه بصرف المصروف لا يكون إجارة. ولو قال المالك لا أجير،
يكون ردًا للبيع فيسقط. ولا يلحقه إلا إذا بعد ذلك (الحر ٦ ص ١٤٨ -
الفتاوى الحاشية ٢ ص ١٧٦ - من أسس ٤ ص ٢١٨) .

محققى الاماميه و مؤلفها :

فإن وجدت الإحارة مستجمعة أشرفها على النحو الذي أسلفناه ، بعد
البيع ، وصار القصورى عمدة الوكيل ، إذا الإحارة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة (١)
ولما كان القصورى يصير كالوكيل ، فإن حقوق المودع ترجع إليه كما ترجع
إلى الوكيل ، أم حكم المودع فيصرف إلى المالك ، ونصف البيع بالإحارة مستندا
إلى وقف صدوره لا إلى وقت صدورها ، أي أن الإحارة آثار جعياوين كانت
إشياء من وجه كما فهمت ، حكم في المودع ، والأصل في تصرف القصورى أن
كل تصرف جعل شرعا سببا لحكم إذا وجد من غير ولاية شرعية ، يستعقب
حكمه وبه فقهاء ، لأن كل ما يصح بطلقه جعل معاقفا ، ولا احتجنا أن نعلمه
سببا للحكم ، حكمه من أمكن ، فالبيع ليس بما نعتق ، فجعل سببا للحال ،
فإن رأى المودع من ثبوت حكم الإحارة ، ظهر أثره من وقت وجوده ، ولذا

١ - و به عدد بدست آنصورتی . که در بعضی قصصی من راجل و روحها
منه آخر . محسباً مع . سبب الاقوی . فخر محسباً که لا روحه . و به
روحها کن من راجل و حجر . فخر . و لو دنیا کن من راجل و حجر .
بصرف نسبت . فخر کن معها کن احد النصف او الثلث . و لو باعه
قصوی . جرد حر . رهبة . روحه . فخر محسباً . سبب الاقوی .
فخر . سبع و خمس عده کن سبع مری . و کذا سبب الهبة ادا و همیه
قصوی و جرد حر . و کن من افعی و انکده و انکده افعی من عرفه . لا اله
لا الهه جرد عرفه و الاحزاب افعی من افعی لا الهه منک المنفعة .
بصرف افعی . و اسم موی من الهبة لا الهه سطر و سبعه ع . و یوسایع
عاصبا عر من لرجل واحد . فاحاز المالك لم حجر . لا وندد سبع سبب
المك و الرقة فی التصرف . و هما حاصلان ثمنان فی عینین بدون هذا
العقد فلم یعتقد . فلم تلحقه احازة . و به عینا من راجل و سبع . و احاز
المالك . حار . و لو غصبا العدر من واحد . و بعد التصرف و تصدق . به
اجاز . حاز لان التقود لا سبع فی المعاوضات . و علی کل واحد من العاصبین
مثل ما غصب . الحجر الرائي ٦ ص ١٥٠ .

هناك الزوائد، (البحر ٦ ص ١٥٢) . ولذلك كان كل ما يحدث في المبيع من كسب أو ولد أو عقر قبل الإجارة، فهو للمشتري . ويتقل ملك المبيع إلى المشتري من وقت البيع الصادر من الفصول . لامن وقت الإجارة الصادرة من المالك . ويكون اثمن للمالك إن كان قائما ، لأنه بدل ملكه . وإن هلك في يد الفصول يهلك أمانة ، كما إذا كان الفصول وكبلا في لابتداء وهلك الثمن في يده .

أما إذا رد المالك البيع وأعلن عدم إجارته له ، فقد قدما أن البيع يسقط ولا يستطيع المالك إجارته بعد رده ، وفي هذه الحالة إذا كان المبيع قد سلم إلى المشتري وهلك ، وجب أن يرد قيمته إلى المالك لأن يده يد ضمان كما قدما . وإذا كان المشتري قد سدد الثمن إلى الفصول وهلك في يده . هلك أمانة ولا يرجع المشتري عليه شيء ، عن تفصيل جاء في البحر على الوجه الآتي : « ولو لم يجر المالك وهدى الثمن في يد الفصول ، احتج المالك في رجوع المشتري عليه بمثله ، والأصح أن المشتري إن عم أنه فصول وقت الأداء لا يرجع له ، ولا يرجع عليه ، كما في القية . وصرح الشارح بأنه أمانة في يده فلا ضمان عليه إذا هلك . سواء هلك قبل الإجارة أو بعدها . (البحر ٦ ص ١٤٧ — ١٤٨) .

وإذا سكت المالك لاتباع البيع ولا يردده ، فليس هناك وقت معين إذا انقضى يعتبر المالك بأقصائه محرا أو غير محرا ، فيبقى البيع موقفا حتى يحبره المالك أو يردده . وفي مذهب مالك إذا باع الفصول بحصره المالك ، وسكت هرا ، اعتبر سكوته إجارة . وإن باع بغير حصرت ، ولمعه ، فسكت عاما من وقت عليه . اعتبر سكوته إجارة . وفي هذا المذهب أيضا يعطى المالك الحيز الفصول باثمن ما لم يمض عام ، فإن مضى وهو ساكت سقط حقه هرا إن بيع بحضرته ، وإن بيع بغير حضرته ما لم تمض مدة الحيازة عشرة أعوام (الدسوقي ٣ ص ١٢ — الصاوي ٢ ص ٧ — الخطاب ٤ ص ٢٦٩ — ص ٢٧٢ — الخرشى ٥ ص ١٧ — ١٨ — الهبة في شرح التحفة ٢ ص ٦٨ — ٧٥) .

٢٥ - بيع المرهون والمستأجر وتصرف المريض مرض الموت

بيع المرهون :

المرهون تعلق به حق المرتهن ، فيعه ينقذ صحيحا موقوفا على إجارة المرتهن . فإذا أجاز ، نفذ البيع في حق الجميع . النافع والمشتري والمرتهن ، وإذا لم يجر ، رأى يذهب إلى أن البيع يسقط حق لو افكك الراهن الرهن ، والرأي الأصح هو أن البيع لا يتوقف إلا في حق المرتهن فإذا افكك الراهن نفذ البيع في حق البائع والمشتري (المسبوط ١٣ ص ١١) .

وليس للراهن مسح البيع اسي صدر منه للمشتري . أما المشتري فله خيار الفسخ إن لم يعلم بالرهن عند أن يوسف ، وعده أن حصة ويحمد له خيار الفسخ وإن علم بالرهن . وهذا هو الصحيح وعليه الفتوى . فكون تأويل هذا الرأي الأخير أن المشتري ، وقد علم بالرهن ، اشترى على أن يفكك البائع العين المرهونة من مرتتها ويسلمها إليه ، فإذا لم يفعل مسح للمشتري البيع . وإذا باع الراهن العين المرهونة للمرتهن نفسه ، نفذ البيع بذاته في حق الراهن والمرتهن دون حاجة إلى إجارة .

انظر في بيع المرهون . الفواوي الهندية ٣ ص ١١٠ - ١١١ - الخطاب ٤ ص ٤٦٩ - الخرشني ٥ ص ١٧ - الدسوقي ٣ ص ١١ - ١٢ - المهذب ١ ص ٣١٢ - المغني ٤ ص ٣٦٣ - لمرداوي ٤ ص ١٥٦ - ١٥٨

بيع المستأجر :

المستأجر متعلق به حق المستأجر ، كالمرهون تعلق به حق المرتهن . فيبيع المستأجر كبيع المرهون ينقذ صحيحا موقوفا على إجارة المستأجر . فإذا أجاز المستأجر البيع ، نفذ في حق الجميع ، وانصحت الإجارة ، ووجب على المستأجر تسليم العين للمشتري . ولكن له حق حصها حتى يسترد ما يحمله من

الأجرة . وإذا لم يجر المستأجر البيع ، فالبيع لا ينفق إلا في حقه ، فإذا انقضت الأجرة نفذ البيع ، ووجب تسليم العين إلى المشتري .

وبن للمؤجر مسح البيع الذي صدر منه للمشتري . أما المشتري فله خيار الفسخ إن لم يجره بإجارة عند أبي يوسف . وعند أبي حنيفة ومحمد له خيار الفسخ وإن عم بالأجارة ، وذلك على النحو الذي قدمناه في بيع المرهون .

وإذا راع المؤجر العين مستأجر نفسه ، نفذ البيع في حقها دون حاجة إلى إجارة ، كما في بيع المرهون .

وبرى من ذلك أن صحة الأحكام التي قررناها في بيع المرهون تسري هنا أيضا في بيع المستأجر ، والفروق بين البيعين محل خلاف . جاء في ابن عابدين : « ووقف بيع المرهون والمستأجر أح ، أي فإن أجاره المرتهن والمستأجر نفذ . وهل يمكن الفسخ اقل لا وهو الصحيح . وقيل يملك المرتهن دون المستأجر لأن حقه في المنفعة ، ولذا لو هلكت العين لا يسقط دينه وفي الرهن يسقط . وجرم في الحاشية الثاني . ولكن في حاشية الفصولين لرمى عن الزبلي لا يملك المرتهن الفسخ في أصح الروايتين » (ابن عابدين ٤ ص ٢١٣) . وجاء في البحر : « ومضى سهم الكراشي ، فجعل للمرتهن الإجارة والفسخ دون المستأجر فلا يملكه ، فأما أن مستأجر حقه في المنفعة ودون لو هلكت العين لا يسقط دينه ، وفي الرهن يسقط وهو استيعاء حكيم . وصرح على الفرق ما وتعدد بيع المؤجر ، فأجار المستأجر (البيع) الثاني ، بعد الأول ، ولو بعد بيع الرهن ، فأجار المرتهن (البيع) الثاني . بعد الأول » (البحر ص ١٤٩ - ص ١٥٠) . ذلك أننا لو قلنا بالفرق بين المرهون والمستأجر ، وبأن المؤجر العين مرتين ، فإجارة المستأجر للبيوع الثاني ليست إلا تزولا عن حقه في المنفعة ، فخلصت العين من الحق الذي تعلق بها ، وسلبت تصرفات النافع فيها ، فبعد البيع الأول لأنه تقدم على البيع الثاني . ولو باع الرهن العين مرتين ، فإجارة المرتهن لبيع الثاني تزول عن حقه

في العين ذاتها لافي المتفعة او المشتري الثاني ، فتحلص العين لهذا المشتري ، وينفذ البيع الصادر اليه دون البيع الصادر الى الاول . أظن أيضا في بيع المستأجر : الفتاوى الخانية ٢ ص ١٧٧ — الفتاوى الهدية ٣ ص ١١٠ .

بيع المريض مريض الموت :

بيع المريض مريض الموت حكمه عند المحابة حكم الوصية ، لا ينفذ في المقدار المحابي به الا في ثلث التركة ولغير الوارث . أما إذا صدر للبيع لوارث معها كانت قيمة المقدار المحابي به ، أو صدر لغير وارث ورادت قيمة المقدار المحابي به على ثلث التركة ، فالبيع للوارث ، وكذلك البيع لغير الوارث فيما راد على الثلث ، يتعقد صحيحا موقوفا على إجارة الورثة . فإن أحاروه نفذ في حق الجميع ، والا ، ظل البيع للوارث ، وعلى فيما راد على الثلث لغير الوارث .

والأصل في ذلك أن التركة تتعلق بها حق الورثة ، لا من موت المورث حسب ، بل أيضا من بدء مرضه الأخير وهو مرض الموت . ذلك أن المورث إذا تصرف في مرض موته ، فهو إما يوصي ، ويكون تصرفه حكم الوصية ، فتكون تصرفات المريض مرض الموت موقوفة على إجارة الورثة الذين تعلق بهم التركة ، كما توقف بيع المرهون على إجارة المرتهن ، وبيع المستأجر على إجارة المستأجر .

والورثة يتعلق بهم ثلث التركة اذا كان التصرف لغير وارث ، ويتعلق بكل التركة اذا كان التصرف لوارث ، وفي مصر سوى قانون الوصية بين اوارث وغير الوارث ، فلا يتعلق حق الورثة في الحالتين إلا بثلث التركة ، ومن ثم جاز التصرف فيما لا يزيد على ثلث التركة للوارث ولو بغير إجارة سائر الورثة .

المبحث الرابع

حكم العقد النافذ غير اللازم

منى يكونه العقد نافذاً غير لازم — التحديدات المدرجة :

قدما أن العقد يكون نافذاً غير لازم إذا كان طبيعته لا يلزم أحد العاقدين أو كليهما ، أو كان في العقد خيار لأحد العاقدين أو لكليهما ينح فسخ العقد .

والعقد لا يلزم ، طبيعته أي من العاقدين في الوكالة والشركة والهبة والوديعة والغارية . وقد يلزم العقد أحد العاقدين دون أن يلزم الآخر . في الرهن لا يلزم العقد المرحس ، وفي الكفالة لا يلزم العقد الدائن ، وليس للرجوع في حالة عدم روم العقد لأحد العاقدين دون الآخر أثر رضى ، فإذا رجع العاقد الذى لا يلزمه العقد أفسح العقد من وقت رجوعه ، ونقبت آثار العقد الى وقت الرجوع قائمة

وقد يكون في العقد خيار يجعله غير لازم . والخيارات كثيرة متنوعة . درسنا منها خيار العلط وخيار الوصف وخيار التدليس وخيار العين ، فلا تعود اليها . أما خيار المجلس وخيار القبول فهذان لا يتعلقان بدوم العقد بل بانقضاءه ، وقد سبق بحثهما .

نصبت خيارات أربعة معروفة اذا لحق أحدها العقد جعله غير لازم ، وهى خيار الشرط وخيار التعيين وخيار الرؤية وخيار العيب ، وهى التى نتولى بحثها هنا فى إيجاز (١) .

١ . وبلاحظ نادى ، دى بدء أن كلا من خيار الشرط وخيار التعيين بمثابة شرط واقف ، فيكون العقد لازماً من جهة وموقوفاً من جهة أخرى . أما خيار الرؤية وخيار العيب فهما بمثابة شرط فاسخ ، فيكون العقد

المطلب الأول

خيار الشرط

قيام الخيار وأقسامه :

معرض لقيام خيار الشرط ، ثم للأحكام التي ترتب على قيامه .

ماهو خيار الشرط :

خيار الشرط خيار يشترطه أحد العاقدين أو كلاهما ، بموجب به يكون لمن له الخيار الحق في نقص العقد في خلال مدة معينة ، فإن لم ينقضه نفذ . فالعقد الذي به خيار الشرط يكون ادن غير لازم من جانب من له الخيار ، اذ يجوز له الرجوع فيه كما قدما ، وقد جاء خيار الشرط على خلاف القياس ، إذ القياس أن المعارضات لا تحتل التعليق على الشرط ، وخيار الشرط من شأنه أن يعلق العقد . ولكنه شرع بحدوث لنفي عليه الصلاة والسلام ، ولحاجة التعامل اليه ، فقد يحتاج ، في بيع مثلا ، المشتري أو البائع أو كلاهما الى التأمل والتروي — ومن أحل ذلك يسمى في الفقه المالكي بخيار التروي — وقد يحتاج المشتري الى تجربة المبيع قبل إتمام البيع .

جاء في المسبوط للرحبي : « بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه جعل رجلا من الأنصار مأخيارا في كل مبيع يشترطه ثلاثة أيام ، واسم هذا الرجل حبان بن منقذ وأبوه منقذ بن عمرو . . . وقد كان يعين في البيعات

لأرما من جهة وغير لازم من جهة أخرى . فخيار الشرط وخيار التعيين . في حقيقته الأثر الذي ترتب عنهما ، يتصلان بوقف العقد لانعدام لزومه كما سري . وعند الشافعي خيار الشرط واسع كخيار الغيب ، أظن في خيار الشرط وهل هو واقف أو واسع الشرح الكبير على من المبيع ، ص ٧٠ - ص ٧١ وسورد ما جاء في هذا المرجع فيما يلي .

لأهمية أصوات أسه، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : إذا بيعت فقل لا حلافة، ولى الخيار ثلاثه أيام . وكان أئمة المال، فكان يقول لا حلافة . هي أحدث دليل حوار البيع مع شرط الخيار، والقياس مأنى ذلك لأن شرط الخيار بعلق العقد، وعقود المعاوضات لا تختمس التعليق، ويبقى مقتضى العقد وهو المروم وموحيه وهو الملك . ولكننا نقول تركنا هذا القياس لأحدث، ولحاجة الناس الى ذلك فابيع عقد معاينه، والمقصود به الاسراع . ولا يمكنه تخصيص ذلك إلا أن يرى النظر فيه ويريه بعض أصدقائه، فحتاج لأحد ذلك إلى شرط خيار . فإذا كان يجوز بعض العقود حاجة الناس كالإجارة ونحوها، فشرط الخيار في العقد أولى . ثم أصل العقد لا يتعلق بالشرط، لأن الخيار صفة في العقد، يقال يبيع بات ويبيع بخيار . وبالصفة لا يتعلق أصل الموصوف، وإنما يدخل الخيار في الحكم فيجعله في مع المعلق بالشرط، لأن ما الشرط لا يجوز السب عن الحكم إلا أن ينصل الحكم به، فقد يجوز أن يتأخر الحكم عنه لمؤخر كما يتأخر وحب تسليم أمش شرط لأجل . (المبسوط ١٣ ص ٤٠ - ٤١) .

وجاء في فتح القدير : . المواع حسنة أقسام . مانع يمنع انعقاد العلة . حربه المبيع فلا انعقد البيع في الحر . لأنها لا انعقد إلا في محلها ومحل البيع المال والحر ليس بمال، فلا وجود لببيع أصلا فيه . كإقطاع الوتر يمنع أصل الرمي بعد القصد إليه . ومانع يمنع تمام العلة، وهو البيع المضاف إلى مال لغير . كإصابة لسه بعد الرمي حائطا فردة عن سده . ومانع يمنع ابتداء الحكم بعد انعقاد العلة، وهو خيار الشرط، يمنع ثبوت حكمه وهو خروج المبيع عن ملكه، على مثال استئثار الرمي إليه ترسي يمنع من إصابة العرص منه . ومانع يمنع تمام الحكم بعد ثبوته، كخيار الرؤية للبشترى . ومانع يمنع لزومه كخيار العيب . وإضافة الخيار إلى الشرط على حقيقة الإضافة، وهي إضافة الخيار إلى سبه إذا سبه الشرط . وحين وردت شرعيته، جعلناه داخلًا في الحكم مانعاً من ثبوته . قليلا لعمله بقدر الإمكان . وذلك لأن عمله

إثبات الخطر في ثبوت المنك ، وبذلك يشبه القمار ، فقلنا شبهه . ولقائل أن يقول القمار ماحرم لمعنى الخطر من باعتبار تطبيق المنك بما لم يصعه الشارع سببا للملك ، فإن الشارع لم يصع ظهور العدد الفلاني في ورقة مثلا سببا للملك ، والخطر طرد في ذلك لا أثر له . نعم يتجه أن يقال اعتباره في الحكم تقليلا بخلاف الأصل ، وأما كونه فيه عرر وقد نهى عن بيع العرر فذلك العرر في المبيع وهو . في أن المنك بنت أولا ، (فتح القدير ٥ ص ١١٠) .

وقال ابن رشد : « أما جوار الخيار فعليه المهور ، إلا الثوري وابن أبي شبرمة وطائفة من أهل لظاهر ، وعمدة المهور حديث حبان بن منقذ وفيه ولك الخيار ثلاثا ، وما روى في حديث ابن عمر اليان بالخيار ما لم يفترقا إلا بيع الخيار . وعمدة من معه أنه عرر ، وأن الأصل هو الروم في البيع إلا أن يقوم دليل على جوار البيع على الخيار من كتاب الله أو سنة نائمة أو إجماع . قالوا وحديث حبان إما أنه ليس بصحيح ، وإما أنه خاص لما شكا إليه صلى الله عليه وسلم أنه يحدع في البيوع ، قالوا وأما حديث ابن عمر وقوله فيه إلا بيع الخيار ، فقد فسر المعنى المراد بهذا اللفظ ، وهو ما ورد فيه من لفظ آخر ، وهو أن يقول أحدهما لصاحبه اختر ، (بداية المجتهد طبعة أولى ٢ ص ١٧٢) .

مصدر خيار الشرط :

وخيار الشرط خيار يشترط في لعقد داه ، أو في اتفاق لاحق لعقد . هو قال أحد المتأخرين بعد البيع ولو بأيام جعلتك بالخيار ثلاثه أيام . صح بالإجماع (فتح القدير ٥ ص ١١١)

ويرد خيار الشرط فيما يحتمل الفسخ من العقود اللارمة ، كالبيع والإجارة قبل بدء منسها والصلح . ولا يجوز وروده في الكاح والطلاق والصرف والسلم والإعارة والهبة والوصية . وقد جاء في المادة ٣٣٠ من مرشد الخيران :

« خيار الشرط يصح فيما يحتمل الفسخ من العقود اللازمة ، كالبيع والأجارة والمساقاة والمرارعة وقسمة القيمات المتحدة والمختلفة جنساً والصلح عن مال والزهن والكفالة والحوالة والإبراء والوقف والإقالة والخلع وفي ترك الشفعة بعد الطلبين الأولين ، وجاء في المادة ٣٣١ . « خيار الشرط لا يصح في الكاح والطلاق والصرف والسلم والإفراز والوكالة والهبة والوصية ، ويظهر أن عدم صحة خيار الشرط في الكاح والطلاق أن هـ - ينصرفان لا يحتملان الفسخ فلا يحتملان التعليق على شرط ، وفي الصرف والسلم أنهما لا يتبان إلا بالقض فلرمان هـ ولا يحتملان الفسخ بعد ذلك ، وفي الإفراز أن طبيعته لا يحتمل التعليق ، وفي الوكالة والهبة والوصية أنها تصرفات غير لازمة من الأصل فلا حاجة فيها لخيار الشرط .

من يكون الخيار :

ويجب تعيين من له خيار الشرط وقد يكون هو المشتري ، أو لائق ، أو كلاهما . وقد يحمل خيار الشرط للبيع نفسه إذا كان آدماء قيقاً .
ويصح أن يكون خيار الشرط لأحدي . ويعتبر وكيلاً عن العاقد إذا رأى هذا العاقد . أن الأحدي حذر هو في حاجة إلى حذره لإتمام الصفقة . ويكون الخيار ثابتاً للعاقد وللأحدي معا . وقد جاء في المادة ٣٣٢ من مرشد الخيران : « يصح أن يجعل خيار الشرط لكل من العاقدين ، أو لأحدهما دون الآخر ، أو لأحدي . وجاء في لحداية (فتح لقديره ص ١٢٦ ص ١٢٨) هـ ومن اشترى شيئاً بشرط الخيار لعيره ، فأيها أحاز جار الخيار ، وأيها نقص انتفض . وأصل هذا أن اشتراط الخيار لعيره جائز استحصاءاً ، وفي القياس لا يجوز . وهو قول زهري لأن الخيار من مواجب العقد وأحكامه فلا يجوز اشتراطه لعيره كاشتراء أمش عن غير المشتري . ولنا أن الخيار لعير العاقد لا يثبت إلا بطريق لبابة عن العاقد فيقدر له الخيار اقتضاء ثم يجعل هو نانا عنه تصحيحاً لتصرفه . وعند ذلك يكون لكل منهما الخيار . فأيها أجل

جار ، وأيهما نقص انتقص ، ولو أجاز أحدهما وفسح الآخر ، يعتبر السابق لوجوده في زمان لا يراحمه فيه غيره ، ولو خرج الكلامان منهما معا ، يعتبر تصرف العاقد في رواية ، ونصرف الفاسح في أخرى . وجه الأول أن تصرف العاقد أقوى ، لأن الثاني يستفيد الولايه منه . وجه الثاني أن الفسخ أقوى ، لأن إيجار يلحقه الفسخ والمفح لا يلحقه الإحارة .

وقد يجعل لائق لصفة خيار البعد ، فشرط أنه إن لم يقداثن في حلال مدة معينة هي المدة الحارة للخيار فلا بيع . والخيار على هذا الوجه ليس موضوعا للتروى ، ولكن لفسح البيع عند عدم دفع الثمن في مدة معينة . ولكن قد يقبض البائع الثمن ومع ذلك يشترط أن له الخيار ، وهذا اختيار فسخ البيع رد الثمن ، والخيار على هذا الوجه هو خيار شرط للتروى (فتح القديره ص ١١٤).

مدة الخيار .

تفاوتت المذاهب في تعيين احد الأفاضل لمدة الخيار .

فعند أبي يوسف ومحمد وأحمد بن حنبل يجوز الاتفاق على أية مدة ولو طالت .

وعند مالك تقدر مدة الخيار بتقدير الحاجة ، فترأ تفاوت المبيعات ، ففي اختيار الثوب يكتفى ليوم واليومان ، وفي الحاراية يكتفى الأسبوع ، وفي اختيار الدار قد يصل مدة الخيار إلى الشهر ونحوه .

وعند أبي حنيفة ورجل الشافعي لا يجوز أن تزيد مدة الخيار على ثلاثة أيام في جميع الأحوال .

ويقول ابن رشد في هذا المعنى . وأما مدة الخيار عند الذين قالوا بجوازها فرائى مالك أن ذلك ليس به قدير محدود في نفسه ، وأنه إنما يتقدر بتقدير الحاجة إلى اختلاف المبيعات ، وذلك تفاوت المبيعات ، فقال مثل اليوم واليومين في اختيار الثوب ، والخمسة والخمسة أيام في اختيار الحاراية . والشهر

ومحوه في اختيار الدار . وبأخيه فلا محور عده الأجل الطويل لدى فيه فصل
عن اختيار المسع . وقال الشافعي وأبو حنيفة أصل الخيار ثلاثة أيام لا يجوز .
أكثر من ذلك . وقال أحمد وأبو يوسف ومحمد بن الحسن يجوز الخيار لأي
مدة اشترطت . وله قال داود ، (مدونة المختار طعة أولى ٢ ص ١٧٢) .

فإذا لم يحدد مدة أصلا ، أو شرط الخيار أبدا ، أو متى شاء ، أو إلى مدة
محولة كقدوم ريد أو بول المطر أو مشوره إيسا ، فعند مالك يصبح العقد
ويحدد القاضى المدة المأثورة في العادة لاحد من المسع . وعند أبي يوسف
ومحمد والشافعي وأحمد بعد العقد . وعند أبي حنيفة إذا استعمل الخيار
في ثلاثة الأيام صح العقد . وإن انقضت الثلاثة لأيام دون استعمال حق
الخيار فسد العقد .

§ ٢ - حكم خيار الشرط

مصرعاته :

يمر العقد المقترن بخيار بشرط يمر حلتين . أولا - أثناء مدة الخيار وقبل
استعماله . ثانيا - بعد انقضاء مدة خيار أو بعد استعماله .

أولا - أثناء مدة الخيار وقبل استعماله .

ملكية المبيع :

ولمعرفة ما إذا كان المبيع المنقضى بخيار الشرط ينقل ملكية المبيع إلى
المشتري أولا ينقلها يجب التمييز بين ما إذا كان الخيار لمشتري ، أو كان
للبائع أو كان لهما معا .

فإذا كان الخيار لمشتري ، انتقلت ملكية المبيع إليه لأن البيع لازم
للبائع ، وعند أبي حنيفة يخرج المسع من ملك لائق ولكن لا يدخل ملك

المشتري . أما الثمن فلا يخرج من ملك المشتري . بل يبقى ديناً موقوفاً ، لأن البيع غير لازم للمشتري .

وإذا كان الحار سائغ ، بل المبيع على ملكه ، لأن البيع غير لازم له . وخرج الثمن من ملك المشتري إلى ملك السائغ ، لأن المبيع لازم للمشتري ، وعند أبي حنيفة يخرج ثمن من ملك المشتري ولكن لا يدخل في ملك البائع . وإذا كان الحار للاتباع مع من المبيع على ملك البائع لأن البيع غير لازم له . وكذلك من اشترى على ملك المشتري لأن البيع غير لازم له أيضاً . فملكية كل من المبيع و ثمن تكون في هذه الحالة موقوفة

ويخصص ما قدمناه أمران . (١) أن حذر الشرط شرط وقف لا شرط فاسخ ، على حد أن كلا من خيار الرؤية وخيار لعب شرط فاسخ لا شرط واقف . وكذا خيار الشرط واقفاً فهو خلاف . فبعد أبي حنيفة ومالك وفي قول لأحمد وشافعي هو المشهور المثل لا ينتقل حتى ينقضي الخيار فالشرط واقف . وفي قول آخر لأحمد وهو ظاهر المذهب وقول آخر للشافعي أنه ينتقل ثم يعود إذا أجاز صاحب الخيار الفسخ ، فالشرط فاسخ ، أنظر الشرح الكبير على المقنع وسور ما جاء فيه فيما يلي . . فإذا سائرنا إلى أي الغالب وقد بان الشرط شرط وقف لا فاسخ . بل خيار الشرط لا يعد موقوف (في أحد الدلائل أو في كليهما) لا انعقد غير لازم ، ولعقد في خيار الشرط موقوف على إجازة العاقد منه لا على إجازة أحده . وبضمير إجازة لصي المبيع . فبعد عن سبعة من الشافعية (٢) لا يوجد ركنان غير المتعين حتى أن أحد الدلائل — المبيع أو الثمن — يدخل في ملك العاقد الآخر ولا يخرج من ملكه لغير المصالح . وهذا ما دعي أما حنيفة إلى القول بأن الثمن لا يدخل في ملك العاقد الآخر ، حتى لا يتجمع البطلان عند عاقبة . وحدد ولكنه هو في وقت ذلك . بأن الثمن يخرج من ملك صاحبه فكيف يخرج من ملك صاحبه ، لا يدخل في ملك العاقد الآخر ، وأين تكون .

من التصرف في البيع :

إذا كان الخيار لمشتري، فقد قدما أن المبيع : حل في ملكه، فيملك التصرف فيه بالبيع والأجارة وغير ذلك من التصرفات . وإذا تصرف فيه ، كان هذا إمضاء صمياً للبيع المقترن بخيار الشرط . ولا يملك البائع التصرف في المبيع فقد حرج من ملكه .

وإذا كان الخيار للبائع ، أو كان لكل من البائع والمشتري، فقد رأينا أن المبيع يبنى على ملك البائع . فيملك التصرف فيه، أما المشتري فلا يملك ذلك . وإذا تصرف البائع في المبيع ، كأن تصرفه وصحاً صمياً للبيع المقترن بخيار الشرط .

ضمارة المبيع

إذا هلك المبيع في يد البائع قبل القبض ، بطل البيع في جميع الأحوال ، وكان الخلاء على البائع . وعليه أن يرد الثمن إلى المشتري إذا كان قد قبضه . أما إذا هلك المبيع في يد المشتري بعد قبضه له . اعتبرت يده يد صملاً لا يد أمانة ، لأنه قبض المبيع لحساب نفسه لا أمانة عنه لغيره . فإذا كان الخيار له ، فدخل المبيع في ملكه ، لم يرد البيع وهلك المبيع عليه ما شئت . وإذا كان الخيار للبائع أو لهما معاً ، لم يدخل المبيع في ملك المشتري ، بطل البيع وهلك المبيع على المشتري بالتقسيط .

التقصص :

جاء في البدائع : « الخيار لا يحو إماً أن كان للبائع والمشتري جميعاً ، وإما أن كان للبائع وحده ، وإما أن كان للمشتري وحده ، وأما أن كان لغيرهما بأن شرط أحدهما الخيار ثالث . فإذا كان الخيار لهما ، فلا يعقد

أعق. في حق الحاكم في البدل جمعاً. فلا يرول المبيع عن ملك البائع ولا
 دخل في ملك المشتري. وكذا لا يرول أثر عن ملك البائع، لأن المانع
 من الاعتقاد في حق الحاكم موجود. في الخابيين جميعاً وهو الخيار. وإن
 كان مانعاً وحده. فلا يعقد في حق الحاكم في حقه. حتى لا يرول المبيع
 عن ملكه. ولا يجوز للمشتري أن يتصرف فيه، ويخرج اثر عن ملك المشتري
 لأن المبيع بات في حقه. وهو مدخل في ملك البائع. عند أبي يوسف ومحمد.
 يدخل برزق كان مشترياً وحده. لا يعقد في حق الحاكم في حقه. حتى
 لا يرول اثر عن ملكه. ولا يتعدى المانع أن يتصرف فيه إذا كان عباً ولا
 يستحقه عن المشتري إذا كان ذماً. يخرج المبيع عن ملك البائع. حتى
 لا يتعدى أنه تصرف فيه. لأن المبيع بات في حقه. وهو مدخل في ملك المشتري.
 عند أبي حنيفة لا حل. وعند محمد حل. وحده. فلما ثبت الحكم عند
 واحد منهما لم يرد لأصل والامتناع عرض. والمانع هما هو الخيار.
 وأنه وجد في أحد الجانبين لزم. وممن في المبيع فيه لا في الجانب الآخر.
 أو في كل واحد من الجانبين. فخرج المبيع عن ملك البائع إذا كان الخيار للمشتري. والاشترى
 عن ملك المشتري. كان المبيع بائناً. فدخل المبيع في حق من
 لا يملكه. وممن في المبيع. فخرج المبيع عن ملك البائع. فخرج المبيع عن ملكه. ولما كان
 المبيع بائناً. فخرج عن ملكه. وهذا يمنع دخول اثر في ملك البائع
 في ذمته. فخرج المبيع في ملك المشتري في الثاني. لو جهين. أحدهما أنه
 خرج عن ملك البائع في عقد المبيع. وهذا لا يجوز. والثاني أن هذا
 يخرج منه. فخرج عن ملكه. وهذا لا يجوز. ولما كان لا يرصيان
 الساب. فخرج المبيع عن ملكه. فخرج المبيع عن ملكه. فخرج المبيع عن ملكه.
 في حق من لا يملكه. فخرج المبيع عن ملكه. فخرج المبيع عن ملكه. فخرج المبيع عن ملكه.
 من الروال. وإمتناع الروال من أحد الجانبين يمنع الثبوت من الجانب الآخر
 لأن كل واحد من الجانبين لا يملكه. فخرج المبيع عن ملكه. فخرج المبيع عن ملكه.

فإن كان الخيار للبائع . لا يثبت للشفيع فيه حق الشفعة . لأن المبيع .
 يخرج عن ملك الدائع . وإن كان للمشتري . يثبت حق الشفعة بالإجماع .
 أما على أصلهما فظاهر لأن البيع في ملك المشتري . وأما على أصل أن
 حبيقة فالمبيع وأن يدخل في ملك المشتري لكه قدر الـ عن ملك الدائع بالإجماع
 وحق الشفعة يعتمد روال ملك الدائع لا ثبوت ملك المشتري . (لدائع د
 ص ٢٦٤ - ص ٢٦٦) .

وجاء في فتح القدير ' وخيار الدائع يمنع خروج المبيع عن ملكه
 لأن تمام هذا السب . الذي هو البيع . بالمرأصة . . . ولا يتم الرضا مع
 الخيار لأنه يعيد عدم الرضا . روال ملكه . فم يتم السب في حق الدائع
 لأنه لا يعمل إلا مع وجود الشرط وهو الرضا . فلا يوجب حكمه في حقه .
 فلا يخرج المبيع عن ملكه . فهم - أجاز تصرفه فيه . فقد علقه فيه ولو كان
 في يد المشتري . ولا يثبت المشتري التصرف فيه وإن فسخه يردن الدائع
 لبقاء ملك الدائع فيه بلا احتلال . وما تعليل المذكور يعرف أن حذر المشتري
 يمنع خروج شئ عن ملكه لإيجاد نفسه لى كل من له الخيار . وأنه إذا
 كان الخيار لهما لا يخرج المبيع عن ملك الدائع ولا اثر عن ملك المشتري
 ولو قصر المشتري المبيع وكان اخذ الدائع . فهلك في يده في مدة الخيار
 ضمنه بالبيعة . لأن البيع يفسخ باطلا . لأنه كان موقفا في حق المبيع
 ولا يمكن تناديه باطلا لأنه لا يثبت بلا مح . وفي في يد المشتري موقوف
 لا على وجه الأمانة المحضة كالوديعة والإجارة . . . لأنه ما رخص الدائع بقضه
 لا على وجه العقد . فأقل ما فيه أن يكون كالموقوف على سوم اشراء . .
 وسوت الضمان بالقسمة على المشتري فإن ملكه والكفوى في اشهور . وعنده
 وجه في ضمانه . اثر . وهو قياس قول أحمد . لأنه ولو خرج المبيع عن
 ملك الدائع ثبوت الخيار له . لأن السب قد تم بالإيجاب والقول . وثبوت
 الخيار ثبوت حق الفسخ . وليس من ضروره ثبوت حق الفسخ انشاء حق
 الملك كخيار العيب . فبما قولك ثم البيع بالإيجاب والقول . ن أرشد في
 حق حكمه منعاه . أو تمت صورته فسد ولا يثبت في ثبوت حكمه حتى يوجد

کیفیت سے اقیانوس:

[illegible]

الذئب المفترس على السموم من الخبار .

وہاں سے من لہ حق حیار عقد علی حد ایس عقدہ نسخ عقد
تھر کئی ہو سکے۔ ورنہ ایس حیار میں حد، اور عہد انعام لآخر
حصول وقت ایس عقد ایس ہو سکے۔ اس میں کسی قسم کا نقص
آدا رہا۔ افسوس! عقد باعوں اور بیعہ، صراحہ و ذلالہ، و موت فی مدۃ
خیار، اور سکت عن الفسخ و انقضاء حتی انقضت مدۃ الخیار، عقد زائل
ہی ہو رہا۔ و عہد و واسطہ نہایت زیادہ جہی میں وقت شروع عقد،

لا في العقد بين المالك وبين ولاية الإجارة، ألا ترى أن إفاضة الموكل مع البائع
صحيجه والعقد هو أو كين يوكي الموكل، وإنما يحتلته في الملك الباقي بعد موته،
ولما قطع حيازة بالموت صارت بعد موكلة المشتري ووارث البائع لا يحتلته
في ملك الميراث... فأما حيازة العيب لا يكون بآية يورث، ولكن سب الخيار
في حق الوارث وهو متعلق بصفة تسليم الخراج فبأن ذلك جزء
من مال مسحق للمشتري بعد، فإذا صارت لبايع تسليمه وغير عن التسليم
فصح العقد لأجله، وقد وجدته مع في حق الوارث لأنه يحذف المشتري
في ملك ذلك الخراج... فالمقصود به ليس هو نفع ولكن المطالبة
بتسليم ما هو المسحق، عقد حتى إذا صار له بالبيع رجع بحصة العيب
عن الثمن، وأورث بحذف الثمن منها هو له، (المسودة ١٣ ص ٤٢ - ص ٤٣)،
وحده في البدائع... وإنما لم يستطع به خيار ويترجم أسبق فقول
وربه اتفق: أما خيار البدائع، قد سمعته به خياره ويدم اسم نوعان في
الأصل، أحدهما اختاري والآخ صريحي، أما الاختياري فالإجارة،
لأن الأصل هو لزوم البيع، والامتناع بخلاف الخيار وقد ظل بالإجارة
فيه م البيع، والإجارة نوعان صريح ومأد في معنى الصريح ودلالة، أما
الأول فهو أن يقول البائع أحذرت البيع أو أوجبه أو أسقط الخيار
أو عليه وما يجري هذا مجرى سواء كان المشتري بالإجارة أو به، وأما
الإجارة بطريق الدلالة فهي أن يوجد منه صرف في الثمن بدل عن الإجارة
ورجاء البيع، فالإقدام عليه يكون حجة للبيع دلالة... وعلى هذا يخرج
... إذا كان الثمن عينا يتصرف البائع فيه صرف الملاك بأن «عه أو ساومه
أو أعطه أو دمه أو كانه أو أحده أو رهنه وبحو ذلك، لأن ذلك يكون
رجاءه لبيع... وكذا لو كان ثمن دينارة رأ البائع المشتري من الثمن
أو اشتري به شيئاً منه أو ذهب من مشتري، فهو إجارة لبيع كما قلنا...
... اشتري بأحد شيئاً من غيره به بفتح الشراء وكان إجارة، أما عدم صحة
الثمن فلا يشترط، المذهب من عدم من عليه الدين، وأما كونه إجارة للبيع

فلما شرع الله من عباده من يبيع نفسه فصد الخلق وداين الإحارة ، كما
 يدعونهم من أولى لأن يشركوا في الملائكة على فقهه . أمرك فوق المساومة .
 مما كانت السيرة من حدة وثمة أولى . بخلاف ما إذا كان أبا نفع فبص
 الشئ متى هو . بين فشرى . من ثمانية لا يكون حارة للبيع . لأن عين
 المدروس ليس مسحق . عند شئ لأن المدعى والذاري لا تعين عندا
 في الترخيص كما لا يعين في العقد . فم يكن المقبوض فيه مستحق الرد . فلا يكون
 لنصرف وهذا الإحارة . بخلاف ما إذا شرى . قبل القبض لأنه أصناف
 الشئ . أم بين عين وهو مسحق بإحدى . فكان شئ انقصد إلى الملك أو تقرر
 . من فيه على مذهب . وكان الخيار للشري فأرأه النافع من الشئ . قال
 . يوسف رحمه الله لا يصح . لأنه لأن خيار المشتري يجمع وجوب شئ .
 . لإبراهيم إسقاط . وإسقاط ما ليس ثابت لا تصور . وروى عن محمد رحمه
 . أنه أنه إذا أحرار البيع بعد الإبرام . لأن الملك يثبت مستند إلى وقت البيع .
 . حين أن الشئ كان واحدا . فكان يروى بعد الوجوب . فيه . والله عز وجل
 . نعم . وأما الضرري فثلاثة أشياء : أحدها معنى مذهب الخيار . لأن الخيار
 . مة فت به . والمؤقت إلى عاقبه ينتهي عند وجود العاقبة . لكن هل تدخل العاقبة
 . في شرط الخيار . بأن شرط الخيار إلى الليل أو إلى الغد . هل يدخل البيع
 . أم الغد ؟ قال أبو حنيفة عليه الرحمة تدخل . وقال أبو يوسف ومحمد
 . لا تدخل . . والثاني موت الساع في مذهب الخيار عنده . وقال الشافعي رحمه الله
 . لا يدخل الخيار نموه . من تقدم . أنه مضاف في الفسخ والإحارة . أحجموا
 . على أن خيار العيب وحده ليس بمرت . وأما خيار الزوطة فهو يذكر في
 . لأصل . وذكر في أحسن أنه لا يورث . وكذا روى ابن سماعة عن محمد أنه
 . لا يورث . . والثالث حدة أحد الشريكين عند أن يفسد رحمه الله بأن بايضا
 . على أنهما الخيار فأحال أحدهما . فبطل الخيار . ثم البيع عنده حتى لا يملك
 . حقه الفسخ . وعدمه لا يدخل وخيار الآخر على حاله . الدائع . ص

وحام في الهداية : ومن شرط له الخيار أنه أن يفسح في المدة ، وله أن
يخير . فإن أجاره بغير حضرة صاحبه جاز . وإن فسح . يجر . إلا أن يكون
لآخر حاضرا عند أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف محذور . وهو قول
الشافعي . والشرط هو العير . وإنما كان الحضرة عنه . لأنه مسلط على الفسخ
من جهة صاحبه فلا يتوقف على غيره كالإجارة . ولهذا لا يشترط رصده
وصار كالتوكيل . ومع . ولما أنه تصرف في حق العير وهو العقد بالدفع
ولا يعزى عن المصرة . لأنه عداه يعتمد عام البيع السابق فيتصرف فيه
قتلومه عرامة القيمة بالحلائق فيما إذا كان خيار للمانع أو لا . يملك تسع
مشتريا فيما إذا كان الخيار لبثته . وهذا نوع ضرر فيتوقف على عدم
وصار كتمل التوكيل . بخلاف الإجارة لأنه لا يملك له . ولا يقول أنه مضر
وكيف يقال ذلك وصاحبه لا يملك الفسخ ولا التدبيل في غير ما يمكنه
المسلط . ولو كان فسح في حال غيبة صاحبه وبلغه في المدة . ثم لفسح حصل
للملأه . ولو بلغه بعد . متى . مدة تم العقد متى المدة قبل الفسخ . . . ومن
اشترى داراً على أنه بالخيار . فبعت أخرى بنفسها فأحدها . بالشفعة . فهو
رصاصا . لأن طلب الشفعة يدل على اختياره الملك فيها . لأنه مائت إلا مع
ضرر الجوار وذلك بالاستدامة . فيتضمن ذلك سقوط الخيار سابقا منه
فثبت الملك وقت الشراء . فبين أن الخور كان قائما . (فتح القدير ص ١٢٠ - ١٢٤)

وجاء في الشرح الكبير على من المقتع . . . ينتقل الملك في بيع الحـ
نفس العقد في ظاهر المذهب (مذهب أحمد) . ولا فرق بين كون الخيار فـ
أو لأحدهما أيهما كان . وهو أحد أقوال الشافعي . وعن أحمد أن المـ
لا ينتقل حتى ينتقص الخيار . وهو قول مالك والقول الثاني للشافعي . وهو قال
أبو حنيفة . إذا كان الخيار لها أو لبايع . وإن كان لمشتري حرج عن مـ
لانع ولم يدخل في ملك المشتري . لأن البيع الذي فيه الخيار عقد قاصر . فـ
مقل الملك كالمدة قل القيص . وللشافعي قول ثالث إن الملك موقوف . فـ

أمضيا البيع بيننا أن الملك للمشتري ، وإلا تبينا أنه لم ينتقل عن البائع . وكقول النبي صلى الله عليه وسلم . من باع عبداً وله مال فله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع . وقوله . من باع نخلا بعد أن يؤبره فثمره للبائع إلا أن يشترطه المبتاع ، متفق عليه . فجعله للمبتاع بمجرد اشتراطه ، وهو عام في كل بيع ، لأنه بيع صحيح . فقل الملك عفيه كالذي لا حبر فيه . ولأن السع تملك بدليل أنه يصح قوله ملككت . فثبت به الملك كبيع . لأن التملك يدعي على نقل الملك إلى المشتري ويقتضيه لفظه ، وقد اعتره الشرع وقضى صحته فوجب اعتباره كما يقتضيه ويدل عليه لفظه ، وثبت الخيار فيه لا ينافيه كما وباع عرساً عرض هو حد كل واحد منهما بما اشتره عيا . وقولهم أنه قاصر غير صحيح . وحوار فسحه لا يوجب قصوره ولا يمنع نقل الملك فيه كبيع المعيب . وامتناع التصرف إنما كان لأجل حق الغير . فلا يمنع ثبوت الملك للموهون . وقولهم إنه يخرج عن ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري لا يصح . لأنه يقضى إن وجود ملك غير مالك وهو محال . ويفضي أيضاً إلى ثبوت الملك للبائع في الثمن عن غير حصول عوض للمشتري ، أو إلى نقل ملكه من المبيع من غير ثبوته في عوضه ، وكون العقد معاوضة بأبي ذلك وقول أصحاب الشافعي إن الملك موقوف إن أمضيا البيع بيننا أنه انتقل وبلا فلا غير صحيح . فإن انتقال الملك إنما يبنى على سنده الباقل وهو البيع ، وذلك لا يختلف بمضائه وفسحه . فإن امضاه ليس من المقتضى ولا شرطاً فيه إذا لم يكن كذلك لما ثبت الملك قبله ، والفسح ليس بمانع فإن المانع لا يتقدم المانع كما أن الحكم لا يعمده سبه ولا شرطه . ولأن البيع مع الخيار سب يسبق الملك عفيه فيما إذا لم يفسح ، فوجب أن يثبت وإن فسح كبيع المعيب ، وهو ظاهر إن شاء الله تعالى . فما حصل من كسب أو نكاح فهو له . أمضيا العقد أو فسحاه . ما يحصل من علات المبيع ومائته في مدة الخيار . فهو للمشتري أمضيا العقد أو فسحاه . قال محمد فيمن اشترى عبداً ووهب له مال قبل التفرق ثم أبحار البائع العقد فالملك للمشتري وقال الشافعي إن أمضيا العقد وقت

ملك المشتري فإليه المنقص منه . وإن قلنا الملك للذائع فإليه به ، وإن فسحنا
لعقد وقتنا لملك مدافع أو موقوف فإليه له وإلا فهو لمشتري . ولنا قول
البيهقي رحمه الله عليه وسد الخراج بأصله . . . وهذا من ضمان المشتري فسح
أن يكون غاؤه لمشتري كما بعد قضاء الخيار . وسدح أن يكون البيع
لمنقص لمدافع إذا فسح لعقد بقاء على قولنا أن الملك لا ينقل . وأما البيع
المنقص فهو تابع لمبيع بأي حال ، كما يقع في الرد بغير والمقضية ، (الشرح
الكبير على متن المفتح ٤ ص ٧٠ - ص ٧١) . وحاشي في نفس المصدر (٤
ص ٧٠) . إذا شرط الخيار حيلة على الانصراف ، فقد صرح به أحد عدة المفسرين
. يقع في مدة بقاء المقترض بأشئ ، ثم رد للمبيع بالخيار عند رد الأشئ ، فلا
خيار فيه لأنه من الخلل . ولا عمل لأحد الأشئ الانصراف به في مدة الخيار
. لا التصرف فيه .

المطلب الثاني

خيار التعيين

مبار التبعين متفرع من خيار الشرط :

متفرع عن خيار الشرط خيار التعيين . ويذكر في كتب فقه عادة ضمن
خيار الشرط أو عطفه . ومن ثم بحث ، كما بحثنا في خيار الشرط ، قيام خيار
التعيين ثم الأحكام التي رتب على قيامه .

١٤ - قيام خيار التعيين

ماهو خيار التعيين وما هو مظهره :

خيار التعيين خيار يشترطه المشتري عادة بأن يكون المبيع أحد أشياء
معينة يختار المشتري واحدا منها بعد التجربة أو بعد التأمل والبروز . خيار
التعيين يثبت الملك للمشتري في أحد هذه الأشياء غير عين . وهو في أروفت

فه بطوى على خيار شرط موحده يمكن اشتراط من اتروى في الاختيار .
وبذلك كل البيع المقتضى تحييا للعين عن لايه من حيث المشتري في جميع
الاشياء كما سنرى .

وشرط ألا يريد لأشبهه اني بخيار منها مشتري على ثلاثة ، لأن خيار
لتعير شرط استحسانا على خلاف انقاس للخاصة إلى دفع العين بالتعير ،
ولخاصة بدفع بالتعير في ثلاثة لا أكثر لاقتصار الاشياء على الجيد
والوسط والبدى ، في الحكم فيما يريد على الثلاثة مردودا إلى أصل القياس
وهو المبيع ، ويحتاج المشتري إلى خيار التعيين إذا كان لا يمكنه دخول السوق
بنفسه أو كان في حاجة إلى امتثاله حذر فيما يأخذ . وفيما يدع ، فشرط هذا
الخيار ليس به اختيار مالم يصرح بالسوق أو بعد الرجوع إلى رأى الجمهور .
وهو : ر . ر . وشافى بالقياس ، فعدم خيار التعيين بفساد البيع .

ومصدر الخيار اشتراطه في العقد ، فلا بد أن يشترط في عقد البيع
أن يكون لمشتري الخيار في أن يأخذ أى الاشياء بخياره نفس معين ، فإذا
حلا البيع من هذا الشرط فقد . فإذا قال البائع لمشتري بعثك دارا من
هذه بألف ولم يذكر على أنك بالخيار في أيهما شئت ، لا يجوز انعاقا ،
كقوله بعثك دارا من دورى . ولا بد أن عين ثم كل واحد من الاشياء
له وصة على المشتري ، وإلا فسد البيع لعدم الخصاله اثني .

وهو في الدائع قال بعثك أحد هذه الاثواب الأربعة كذا ،
. خيار التعير أو سكك عنه . أو قال بعثك أحد هذين الثوبين أو أحد
هذه الاثواب الثلاثة سكذا أو سكك على الخيار ، فابيع فاسد . لأن المبيع
مجهول ، ولو ذكر الخيار بأن قال على أنك بالخيار فاحد أيهما شئت ثم كذا
ورد الباقي ، فالقياس أن يفسد البيع وفي الاستحسان لا يفسد . وجه القياس
أن البيع مجهول لأنه أحدهما غير عين وهو غير معلوم ، فكان المبيع
مجهولا ، فيفسد صحة البيع ، كما ورد في أحد الاثواب الأربعة وذكر الخيار .

وجه الاستحسان الاستدلال بخيار الشرط . والجامع بينهما مباس احاطه به دفع العيب وكل واحد من الخيارين طريق إلى دفع العيب . وورود الشرع بهذا يكون ورودا هنا . والحاجة بدفع بالحري في الثلاثة . لاقتضاء الأشياء على الخيد والوسط والبرى . فسبق الحكم في الزيادة من دودا إلى أصل القياس ولأن الناس تعاملوا هذه البيع لحاجتهم إلى ذلك . فإن كل أحد لا يمكنه أن يدخل السوق يشتري ما يحتاج إليه . خصوصا الأكارو النساء . فيحتاج إلى أن يأمر غيره . ولا يدفع حاجته لشراء شيء واحد مع من ذلك المجلس إلى عى لا يوفق الأمر . فيحتاج إلى أن يشتري أحد اثنين من ذلك المجلس فيحتملها جميعا إلى الأمر فيختار أيهما شاء ما بين المذكورين . فلو نأ ذلك لتعامل الناس . ولا تعامل فيها اذ على الثلاثة . فسبق الحكم فيه على أصل القياس وقوله المعتقد عليه محمول . فلما هو المسموح . فإنه إذا شرط خيار أن قال عى أن يأخذ أيهما شئت . فقد انقض . فيع موحا لملك عند احتنا لا للحال . والمعتقد عليه عند احضاره معلوم . مع أن هذه حباله لا فصى إلى المارعة لأنه موص الأمر إلى اختيار المشتري بأحد أيهما شاء فلا يقع المانع .

(الدائع ٥ ص ١٥٦ ١٥٧)

ان يكون خيار التعيين :

رأى ما تقدم أن الأصل في خيار التعيين أن يكون المشتري . فهو لدى محتاج لهذا الخيار حتى يأخذ الأوفق له . أما الدائع فالأشياء كلها كانت في هذه فهو أدري بما يرى يبع منها . ولا يكون في حاجة إلى خيار . ومن ثم ذهب رأى إلى أن خيار التعيين يختص به المشتري . ولكن هناك رأيا آخر ذهب إلى جوار أن يكون للبائع خيار التعيين فيما عدا خيار الشرط . وقد يكون في حاجة إليه اذا كان رأيه لم يستقر على أى الأشياء يبيع .

حاشا في فتح القدير . وإذا طهر أن جوار هذا البيع للحاجة إلى اختيار

هو الأرق والأوفق لمن يقع الشراء له حاضرا أو غائبا، ظهر أنه لا يجوز للبائع . من يختص خيار التعيين بالمشتري ، لأن البائع لا حاجة له إلى إختيار لأوفق والأرق ، لأن المبيع كان معه قبل البيع ، وهو أدري بما لأممه منه ، فيرد حب البائع إلى القياس ، فلماذا نص في المجرى على أنه لا يجوز في جانب البائع . وذكر الذكر حتى أنه يجوز إستحصانا، لأنه يبيع بجور مع خيار المشتري صح مع خيار البائع ، قياساً على الشرط ، (فتح القديره ٥ ص ١٣١) .

مدة الخيار :

ختلف الفقهاء فيما إذا كان يشترط بين المدة في خيار التعيين . فقال بعضهم لا يجوز . هـ . السمع إلا يذكر مدة الخيار ، لأن اسبع لو كان شتاً واحداً معنا وشرط فيه الخيار . كان بيان المدة شرط الصحة (في غير مذهب مالك) . وكذا بك . كون الحكم لو كان لمبيع شتاً واحداً غير معص . أن ترك التوقيت يحبس مدة الخيار وهـ . مفسد البيع . وقال آخرون يصح خيار التعيين من غير ذكر المدة . لأن خيار التعيين بخلاف خيار الشرط لا يمنع ثبوت الحكم في الحال في أحد الأشياء غير ع . وإنما يمنع من المبيع ، فلا يشترط له بيان المدة .

و الصحيح هو وجوب بيان المدة ، وسكون حدده هو حد المدة في خيار الشرط فعند أي حقيقه لا يجوز . أن يزيد المدة على ثلاثة أيام ، وعند أي يوسف . محمد يجوز . لا عاقبى أي به مدد و حدث ، وعند مالك سقدر المدة سقير الحاجة .

جاء في السبع : هـ . وهـ . يستترى بيان المدة في هـ . الخيارات تختلف المشايخ فيه لإختلاف الصاط محمد في هـ . المسألة في الكتب هـ . ذكر في الجمع لصغير على أن يأخذ المشتري أيهم شاء وهو فيه بانحدار ثلاثة أيام . وذكر في الأصل على أن يأخذ أيهم شاء . هـ . هـ . ذكر مدة الخيار . فقال بعضهم لا يجوز هـ . السمع لا . كـ . مدة خيار الشرط . وهو ثلاثة أيام فمادى هـ . عند أي حقيقه

رحمه الله ، وعندهما الثلاث وداراد عليها بعد أن يكون معلوما ، وهو قول
لكرحي والطحاوي رحمهما الله . وقد مضى بضع من غير ذكر المدة .
وجه قول الأولين أن المبيع لو كان ثوبا واحدا مبيعاً وشرط فيه الخيار كان
بيان المدة شرط الصحة بالإجماع ، فكذلك إذا كان واحداً غير معين . والجامع
بينهما أن ثبوت التوقيت يحيل لمدة الخيار وإلغائه مفقود للمبيع ، لأن المشتري
أن يردده جميعاً ولأنه خيار التعيين ، وهذا حكم خيار الشرط .
فلا بد من ذكر مدة معلومة . وجه قول الآخرين أن التعيين لا يمنع
ثبوت الحكم وإنما يمنع تعيين المبيع لا غير . فلا يشترط له بيان المدة . .
والدليل على التفرقة بينهما أن خيار الشرط لا يورث على أصل أصحابنا .
وخيار التعيين يورث بالإجماع لأن المشتري أن يردده جميعاً ، لاحكام
لخيار الشرط المفهود ليشترط له بيان المدة لأن البيع المضاف إلى أحده
غير لازم فكأن مضافاً كالمبيع بخيار شرط مفهود . (البدائع ٥ ص ١٥٧) .
وجاء في المسوط . . . ثم نص في هذا الموضع على تعدي الخيار بثلاثة أيام
وهو الصحيح . لأن هذا خيار ثبوت الشرط ، فلا بد فيه من إعلام المدة .
وإن اطلق ذلك في غير هذا الموضع من الكتب ، (المسوط ١٣ ص ٥٥)
وجاء في فتح القدير . . . لا بد من ثبوت خيار التعيين ، الثلاثة عند أي حيلة
كما في خيار الشرط لأنه أصله . وعدمه أي مدة ثبوت أصابا عليه بعد كونها موقوفة
(فتح القدير ٥ ص ١٣٢) .

٥٢ - حكم خيار التعيين

العهدة غير لازم إلى وقت العمل بالخيار :

هذا أفين لمبيع بخيار لتعيين وثبتت حيث لمشتري في أحد الأشياء
غير عن هذا كان الخيار ولم شيء عن ملك المانع إذا كان الخيار
للمانع ولكن البيع وإن كان نافذاً ، يكون غير لازم وسواء
على خيار شرط هو الذي جعل لمبيع غير لازم فإذا كان الخيار لمشتري كان له أن

رد الأشياء جميعا ولا يلزمه أحد شيء منها، وإذا كان الخيار للمانع كان له فسخ البيع واسترداد كل الأشياء ولا يلزمه ترك شيء منها للمشتري، وذلك كله طوال مدة الخيار.

ولم يهـ الخيار أن يختار أحد الأشياء، في خلال مدة الخيار، ليكون هو المبيع. والاختيار قد يكون صراحة أو دلالة. ويكون دلالة إذا تصرف المشتري في أحد الأشياء تصرف المالك ويكون هذا دليلا على أنه اختياره، أو تصرف المانع في أحد الشيئين تصرف المالك ويكون هذا دليلا على أنه اختيار أن يكون المبيع هو الشيء الآخر. وإذا احتار من هـ الخيار، بزم البيع، واعتبر المبيع متعينا منذ البداية واستند بغيره إلى وقت العقد. ومن انقضت مدة الخيار دون أن يختار من له هـ الحق، ففسخ البيع في جميع الأشياء عند المالكية (انظر الخطاب ٤ ص ١٤٢٥). وعند الخليفة يزم المبيع في أحدها وعلى من هـ الخيار أن يعين (مجموع تقديم ٥ ص ١٣٢).

ولتمصيل ما هـهـ ما يميز بين ما إذا كان الخيار للمشتري أو كان الخيار للمانع

أولا - الخيار للمشتري

ثبوت المالك :

إذا كان خيار تعين للمشتري، فحقه ثبوت المالك له في أحد الأشياء غير عين. وما يبيع من الأشياء إذا فسخ، المشتري تكون أمانة في يده، لأنه يحسبها يدين المالك لأعلى وجه امتلاك ولا على وجه الثبوت، فكان أمانة. فإذا فرضنا أن الخيار في شيئين، وتصرف المشتري في أحدهما، فقد يعين هذا الشيء مبيعا منذ العقد مستندا إلى الماضي. لأن التصرف اختيار عن طريق الدلالة كما قدما، وتعير لشيء الآخر أمانة في يد المشتري. ومن تصرف ليائع في أحد الشيئين، كان تصرفه موقوفا إلى أن يختار المشتري، فإن اختار الشيء

لدى تصرف فيه البائع صار هو المبيع من العقد مسدداً إلى الماضي، وسقط
تصرف البائع فيه فقد بين أنه تصرف في ملك غيره، أما إذا اختار المشتري
الشيء الآخر، فقد تعين هذا الشيء ليكون مبيعاً من العقد مسدداً إلى الماضي،
وعين الشيء الآخر لدى تصرف فيه البائع للأمانة من الدايه، وبفد تصرف
البائع فيه إذ ظهر أنه تصرف في ملك نفسه

عدم لزوم العقد

يكون لبيع غير لازم بشئى، ولا فائذائع ومع ذلك أن المشتري
يستطيع أن يفسخ البيع في الأشياء جمعاً، وليس مانع أن يفسخ لبيع إذا
اختار المشتري شيئاً منها، فإذا كان له خيار في أحد شئى، كان
له أن يرد البيع، لا في شئى، ما لم يثبت له خيار في الشئى جمعاً، وكان مفصل
خياره أن يرد البيع في شئى من الأشياء، يمكنه اختياره لالة
وسكنه كان خياره غير مسمى على حد شئى كما عهدما، كان يشتري
أن يرد لبيع حتى يفسخ البيع، ما لم يثبت له خيار في شئى، ملك أن حد
البيع شئى كخياره شئى مسمى، والبروى، وقد كانت درجة تأمل والتروى
المشتري لا يلائم أى من الشئى، كان له أن يفسخ البيع

على أنه إذا كان المشتري يفسخ ورثته، لا يفسخ خياره بشرط ظهور
ما يورث كما عهدما فيه، يفسخ خياره في شئى مسمى، يفسخ البيع، وعلى
ورثة المشتري أن يحتج أن لا شراء يكون هذا البيع خياراً تعين، بخلاف
هذا الشرط، يفسخ كما يفسخ خيار العيب، لتعلق الخيار بالبيع أكثر
من تعلقه بعيبه الواحد.

كذلك يفسخ البيع بفسخ خياره معاً وتعينهما للبيع فينقطع خيار
المشتري من خياره في شئى مسمى، وعلى المشتري في هذه الحالة أن يفسخ
البيع، يمكنه هو يفسخ، وقد أحكمه في مسأله.

الهوك :

بين ما إذا كان الهلاك قبل القبض أو بعد القبض .

قد كان هلاك قبل قبض المشتري لم ينع ، وهناك أحد الشئ في يد
المشتري . م يظل البيع . ويكون المشتري بالخيار إن شاء أخذ الشيء الآخر
منه ، وإن شاء تركه لأن المبيع قد تغير قبل القبض فأنحصاره في شيء واحد
وهو بوجوب الخيار . أما إذا هلك لثنتان معاً ، فقد عمل البيع هلاكاً لم ينع
قبل القبض بيقين .

وإن كان الهلاك بعد قبض المشتري لم ينع . وهناك أحد الشئ في يد
مشتري . تغير الهالك لم ينع ولم يشتري منه . وتغير الشيء الآخر للأمانة .
لأن الأمانة من الشئ مسحقة ، لا على البيع . وقد جرح اهالك عن
شئ له . فعلى المشتري أن يتركه . وتغير الهالك صوره لم ينع . فإني هلك
شيء ما . فإن هلكا على التعاقب هلك الأول منه والآخر تمامه . وإن
هلك في وقت واحد ، ولم يشتري ثمن نصف كل واحد منهما لأنه من
أحد من المشتري من الآخر ، فتخرج مبيع بهما معاً .

ثانياً - الخيار للبائع :

ثبوت ملك :

إذا كان خيار التعيين لم ينع أي شئ من عنده . وله أن يتركه
المشتري أي شيء منهما شاء ليكون هو المبيع من البيع مسدداً .
وليس به أن يلهما المشتري لأن مبيع أحدهما . ولا يجوز للمشتري أن
يصرف فيهما أو في أحدهما إلى أن يختار البائع . لأن أحدهما من مبيع
بائع . والآخر مبيع لغيره . فيه خيار . فإني مبيع . ويتعين شيء الآخر
ملكه . وهو تصرف . فإني في أحدهما حذر بصفه فيه . ويتعين شيء الآخر

للبيع مستنداً إلى الماضي، وللبائع فيه خيار لإلزام أو الفسخ، ولو تصرف
فيهما جميعاً، جاز تصرفه ويكون فسخاً مبيع، لأن تصرفه فيهما جميعاً دليل
إقرار الملك له فيهما معاً فتضمن فسخ البيع.

عدم لزوم العقر :

يكون البيع هنا غير لازم للبائع، ولا ما لشترى، ومعنى ذلك أن
البائع يستطيع أن يفسخ البيع في الأشياء جميعاً، وليس للشترى خيار انقضاء
لو أزمه البائع شيء منها، فإذا كان الخيار للدفع في أحد شيئين، كان له أن
يرد البيع في الشئين جميعاً، في أحدهما خيار التعيين وفي الآخر بما يطوى
عليه خيار التعيين من خيار الشرط، وإذا كان للدفع مبيع المبيع ورثته، إذ
يقض خيار الشرط فهو لا يورث مبيع مبيع، وفي خيار التعيين لأنه
يورث على ما قدمنا، وعلى ورثة البائع أن يحل أن الشئين يكون هو المبيع،
كذلك يرد البيع بتعب الشئين معاً، إذ مبيع خيار الشرط ويبقى خيار
التعيين، وعلى البائع أن يبيع الشئ المبيع، وهذه الأحكام كلها تهتم
بمآثرها في حالة ما إذا كان الخيار لشترى

الرهوك :

نميزها أيضاً بما إذا كان الهلاك قبل قبض أو بعد قبض.

فإن كان الهلاك قبل القبض، وهك أحد شيئين في يد بائع، هك
عليه، ثم إن البائع يبيع على خياره، إن شاء أزم لشترى الشئ السابق لأنه
تعيين لمبيع بهلاك الشئ الأول، وإن شاء فسخ لمبيع فيه لأن لمبيع غير لازم له
كما قدمنا، وليس للبائع أن يلزم المشتري الشئ الهالك، لأنه هك عليه كما
سبق القول، أما إن هك لشئان جميعاً، فقد بطل البيع بهلاك المبيع قبل
القبض يقيين.

وإن كان الهلاك بعد التقبص . وهلك أحد الشئتين في يد المشتري . هلك أمانة على البائع كما لو كان قد هلك قبل التقبص . وللبائع أن يلزم المشتري الشيء الباقي لأنه تعيين للبيع . وله أن يفسخ البيع فيه لأنه غير لازم له . ذلك أن خيار البائع يجمع . والسنعة عن منك . فهلك الشيء على ملك البائع . وله الخيار في الشيء الباقي . وليس له أن يفسخ البيع المشتري الشيء الهالك . إذ هلك في يد المشتري أمانة كما تقدم القول . أما إن هلك الشئان معاً . فإن هلكا على التعاقب . هلك الأول أمانة وهلك الثاني بقيمة لأنه عين للبيع وفيه خيار البائع . وإن هلكا في وقت واحد . فعلى المشتري نصف قيمة كل منهما . فليس أحدهما أولى بالتعين من الآخر . فشاء الصالح فلهما بالقيمة إذ للبائع فيهما الخيار .

النصوص

حاش في المسويح : هلك أحداهما أو حظه عيب برمه ثمه . وورد الباقي وهو فيه أمية . لأنه غير عيب . هلكا معاً فلهما خيار فحين البيع فيه . وهما لأنه حين تشرف على الهلاك . فقد تمت في يده وغرر عن رده كما قبضه . فيرم البيع فيه . ثم يكون هالكاً على منك . فإذا عين البيع في الهلاك كان هو أمية في الآخر . لأنه قبضهما يدين البائع على أن يكون البيع أحدهما دون الآخر . فكل أحدهما يبر عبه معاً والآخر أمانة لأنه ما قصر الآخر للشراء . فإذا عين بيع في أحدهما عين البيع في الهالك وكان أمية في الآخر . لأنه قبضهما يدين البائع على أن يكون عين الآخر بأمانته وإن هلكا معاً فعليه نصف ثمن كل واحد منهما إن كانا شئاً متبذراً أو مختلفاً . لأن أحدهما يعبر عنه مع ولزمه ثمه الهلاك في يده والآخر أمانة . وليس أحدهما لتعيبه مبيعاً دون من الآخر . لأن حالهما قبل الهلاك سواء . فعند الهلاك لا يتحقق عين البيع في أحدهما . فتعارضت قلنا فيتبع حكم الأمانة وحكم المبيع فيهما . فيكون هو أمية في نصف كل واحد منهما مثرياً نصف

أن يتركه كما لو اشترى أحدهما من الاسماء . ووهي تسكن في النص
 بطل البيع . لأن المبيع قد هلك يقضي ببيع . والله تعالى أعلم . وأما
 صفة هذا الحكم فهو أن المالك ثلث ما اشترى من الاختيار حيث لا يرد .
 وللمشتري أن يرد ما جمعا . لأن خيار بيع من بيع . وهو العقد كما يجب
 وخيار الرؤية فيبيع . والله تعالى أعلم . فكان محمداً بنفسه . . . وأما ما كان
 به الخيار . . . فصل . والله تعالى أعلم
 في الأصل
 الآخر
 صر
 هذا

 يدل على
 إن
 وإن

 لأن
 جمعا
 فإن
 هلكا
 من
 لا
 إلى
 منها
 أحد
 وذكر

تعيين المبيع للبيع ويرمه ثمة وتعين الآخر للأمانة ، كما إذا هلك أحدهما بعد
 القصر ، لأن تعيين المبيع هلاكه بعبه ، فلهذا مع الرد ولزم البيع في المبيع
 المعين ، فكذلك في غير المعين ينعى الرد وتعين المبيع ، ولو بعيا جميعا ، فإن
 كان على التعاقب ، تعيين لأول المبيع ويرمه ثمة ، ويرد الآخر لما قد ولا يعم
 بحدوث العيب شيئا لما قل به ثمة . وإن بعيا معا لا يتعين أحدهما للبع لانه
 ليس أحدهما بالمعين أولى من الآخر . ويشترى أن يأخذ أيهما شاء بعبه ،
 لأنه إذا لم يتعين أحدهما لبيع يبق المشتري على خياره . إلا أنه يسأل أن يرددهما
 جميعا لأن السع قد في أحدهما تنعيبهما في . لمشتري وبطل خيار الشرط .
 وهذا يؤيد قول من يقول من المشايخ إن هذا البيع فيه خياران ، خيار التعيين
 وخيار الشرط . ولا بد له من رتبة معنومة إذ لو لم يكن ، لملك ردهما جميعا
 كما لو لم يتعين أحدهما أصلا . لكنه بملك . لأن ردهما جميعا قبل لتعيين
 ثبت حكما لخيار الشرط . وقد بطل خيار الشرط بعد بيعهما معا فلم يملك
 ردهما ، وبقي خيار التعيين فيملك رده أحدهما ، (البدائع ٥ ص ٢٦١ - ص ٢٦٢)

وجه في فتح القدر . . ثم اختلف المشايخ في أنه هل شرط حوار هذا
 البيع ، أعنى البيع الذي فيه خيار لتعيين ، أن يكون فيه خيار اشترط كما قد مناه
 في الصورة ؟ قيل نعم كما هو المذكور في الجامع الصغير تصوير أعلى ما ذكرناه
 وقيل لا بشرط في الجامع الكبير وغيره . . وصححه غير الإسلام
 فقال الصحيح عندها أنه ليس بشرط . وهو قول أبي شعاع . وجه الاشتراط ،
 وهو قول الكرخي . أن المباشر يبنى حوار هذا العقد لحالة المبيع وقت لزوم
 العقد . وإنما حار امتحانا بموضع السنة وهو شرط الخيار ، فلا يصح
 بدونه . ولا يحق صعب هذا الكلام ، فإنه يقتضي أن شرط الأخاق بالدلالة
 أن يكون في محل الصورة المتحققة الصورية الالفة بالعدرة . وكان يلزم ألا يصح
 بيع بخيار البعد إلا في بيع خيار الشرط ، لأن صحة البيع على أنه أن لم يقدر
 انشئ إلى ثلاثة أيام فلا بيع . مما ثبت بدلالة نص خيار الشرط ، ولا يعلم

ذلك . غير أنهما يرتب صبا على خيار الشرط مع خيار التعيين ثبت حكمه . وهو جواز أن : كلام الوتين إلى ثلاثة أيام ولو بعد تعين الثوب الذي فيه البيع . لأن حاصل التعيين في هذا البيع الذي فيه شرط الخيار أنه عين المبيع الذي فيه الخيار . لأنه يستقص حماره . وتورد أحدهما كان بخيار التعيين وثبت لبيع في الآخر شرط الخيار . وتومتثل الثلاثة في رد شيء وبعبارة . بطل خيار الشرط . وإليه لبيع في أحدهما وعليه أن يعين . ولو مات المشتري قبل الثلاثة لم يبيع أحدهما وعلى الوارث بيع من ملك غيره وإن لم يترأصبا على خيار الشرط معه . لا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاثة عند أي حيلة كما في خيار الشرط لأنه أصح . وعددهم أي مدة ترأصبا عليها بعد كونها معلومة ١٠ فتح القدير ٥ ص ١٣١ - ١٣٢ .

وجاء في الحطاب : وأن اشترى أحد ثوبين وقصصهما ليختار فادعى صاعهما صم واحداً ثم ونوسأل في إقباضهما . أو صباع واحد صم نصفه وله اختيار الباقي قوله وقصصهما ليختار . أي وقصصهما معاً ليختار واحداً منهما . إن شاء أحده . وإن شاء رده . وإن شاء ردهما معاً . قال في التوضيح وليس له أن يتمسك إلا بواحد منهما . فإن صاعاً في هذه الصورة . فإنه يصح واحد بائناً ولا ضمان عليه في الآخر . قاله المصنف وغيره في الجواهر وسواء كان اختياراً له أو للبايع . لأنه قادر إذا كان الخيار له على أن يقبل أو يرد . وبه القول في مقامه ونفعه . كانت قمته أقل من الثمن أو أكثر . وكذلك إن كان خياراً للبايع . فإنه المشتري يصممه بائناً ليكون للبايع منه له على أن يرد صاعاً من الثمن أو يرد الباقي عليه . فإن كانت القصة أكثر من ثمن حلف المشتري على الصاع ودفع ثمنه وقوله ونوسأل في إقباضهما مباحة . وأما في قول ابن القاسم الذي يفرق بين أن يسطوع للبايع بالدفع فصم واحد أو بين أن يسأل المشتري تسليمها له فيصمهما . نقله في التوضيح . وأما قوله أو صباع واحد صم نصفه وله اختيار

الباقي . فعلى أنه أن ما تقدم ذكره هو حكم إذا صاع ثوبين معاً ، وإنما إذا
صاع أحدهما فالحكم في ذلك أنه صاع نصف ثمن ذلك وهو في ثوب
الباقي بخير إن شاء الله تعالى . وفي رواية أخرى . وهو أن ما بقي من صاع
أحدهما ، فلا يلزم صدقة من ثلاثة أوجز . ثم أن يكتفى من صاع أو ثوبين
بشيء أو شيء لأمر . فإن كان من صاع هو شيء أحدهما مستوفى ، فإن
الباقي وقمة النصف . وإن كان من صاع هو شيء أحدهما فإنه يعرف شيء أو
صالح حله لمنافع ثلاثة فيه غير . وقد مضى أنه إذا روي حكم شيء
بعد ذلك الاختيار ، فإن كان بعيداً من شيء . فليس له شيء . وإن كان
ذلك شيئاً . فإن لم يكن من صاع بالثوبين واليومين والعدد الثلاثة . ثم
مر أمه . في الخطب ٤ ص ٤٢٣ - ٤٢٥ .

وأما ما ذهب إليه بعض الفقهاء من أن ما بقي من صاع أو ثوبين
أو حرمه أو ص ٢٦٢ . فيكون من صاع عن تحريمه كبيع حرمه . فليس له شيء
من أثواب . لأن ذلك من غير حاجة . ويخبر أن ما بقي من صاع أو ثوبين
لأن ما بقي من صاع أو ثوبين من صاع أو ثوبين .

المطلب الثالث

حصر الرقعة

امتناع المزاها :

في حصار " رقعة نصف المذهب حلالاً " في مذهب الحنفي وحده
يظهر في وصاح أن حصار الرقعة يستلزم في عقد دون شيء . وأن المذهب

الحنفي مذهب . ويرى أن مذهب المذهب . وإذا نصبت المذهب في المذهب
فليس له شيء . وليس له شيء . وإذا نصبت المذهب في المذهب
أن حصار في المذهب الحنفي ليس له شيء . وليس له شيء . ولم يرد في
بخصوص حكم ما إذا أمسح من بعض المذهب في هذه الأحوال الثلاثة ، وهي
ما له عولج في اللغة العربي في خصوص الإجراء التحريمي وهو ما قلنا
حصر التصيين في اللغة الإسلامي .

يكون غير لازم لبراءة سبب هذا الخيار . أمّا مذهب الثلاثة الأخرى فالأمر فيها ليس على هذا التقدير من الوضوح .

فبحث أولاً خيار الرؤية في المذهب حنفي . ثمّ بحثه في المذاهب الأخرى .

١٠ - خيار الرؤية في المذهب حنفي

مضى بسبب خيار الرؤية :

يذهب مذهب حنفي إلى أن هذا عقد صحيح على ما أشعر معه ويكون غير لازمة لأحد العاقدين لأنّه لو فسخه أحدهما فانه يفسخ عن كل واحد فيكون له خيار الرؤية حتى يبرأ . ثمّ بعد ذلك لا بدّ أن يفسخ العقد أو أن يفسخه . وسند مذهبنا في ذلك إلى ما روى عن النبي عليه السلام أنه قال : « من أعتق عبداً فله أجران » .

وقد ثبت خبر فقهنا في كتابنا في خيار الرؤية . ثمّ لا بدّ من أن يثبت انعكاسه . لأنّ حجة من ذهبنا إلى صحة خيار الرؤية في المذهب حنفي . ثمّ بعد ذلك لا بدّ من أن يفسخ العقد أو أن يفسخه . وسند مذهبنا في ذلك إلى ما روى عن النبي عليه السلام أنه قال : « من أعتق عبداً فله أجران » .

ومذهب حنفي فأنّه في عقود الرقبة . ثمّ بعد ذلك لا بدّ من أن يثبت انعكاسه . لأنّ حجة من ذهبنا إلى صحة خيار الرؤية في المذهب حنفي . ثمّ بعد ذلك لا بدّ من أن يفسخ العقد أو أن يفسخه . وسند مذهبنا في ذلك إلى ما روى عن النبي عليه السلام أنه قال : « من أعتق عبداً فله أجران » .

ورى من ذلك أن هناك شرعين ثبوت خيار الرؤية :

أولاً — أن يكون المحن المعقود عليه مما يتعين بالتعيين ، فهو بهايح العاقدان عاقدان ، ثبت الخيار لكل واحد منهما . ويقول الكاسبي في تعيل ذلك .
 • وإنما كان كذلك لأن المبيع إذا كان مما لا يتعين لتعيين ، لا يفسخ العقد برده . لأنه إذا لم يتعين للعقد لا يتعين للفسخ . فبقي العقد ، وقيام العقد يقتضي ثبوت حق المطالبة عنه . فإذا قص برده وهكذا إلى ما لا نهاية له . فلم يكن الرد مفيد .
 خلاف ما إذا كان عينا . لأن العقد يفسخ برده . لأنه يتعين بالعقد فتعين في الفسخ أيضا ، فكان الرد مفيدا . ولأن الفسخ إنما يرد على المملوك بالعقد . وما لا يتعين التعيين لا يملك العقود وإنما يملك بالقص ، فلا يرد عنه الفسخ . ولهذا ثبت خيار الرؤية في الأجرة والصلح عن دعوى المان والقسمة ونحو ذلك .
 لأن هذه العقود تنفسخ برده الأشياء ، فثبت فيها خيار الرؤية . ولا يثبت في المهر وبذل الحلع والصلح عن دم العمد ونحو ذلك . لأن هذه العقود لا تخضع للانفساخ برده الأموال فصدر الأصل أن كل ما يفسخ العقد فيه برده ثبت فيه خيار الرؤية . وما لا فلا . والحق ما ذكرنا واقع وحل أعلاه (البدائع ص ٢٩٢)
 هذا ومن راع ما لم يره ، بأن ورث مثلا عينا في بلد بعيد فلم يتمكن من رؤيتها في بيعها ، فليس له خيار الرؤية . وكان أبو حنيفة يقول أولا له الخيار اعتبارا بخيار العيب ، ولأن لزوم العقد تمام الرضا والاثبات ولا يتحقق ذلك إلا بالعلم بأوصاف المبيع وحدث الرؤية . فلم يكن النافع راضيا بالرضا قبل الرؤية . ثم رجع أبو حنيفة عن هذا القول . ولم يحسن للبائع خيار الرؤية مما لم يره . وجاء في فتح القدير لهذا الرجوع وجهان : أحدهما أنه معلق بالشراء لما روي فلا يثبت دونه . ولا يخفى أنه ينطبق للحكم بمفهوم الشرط إذ حاصله انتفاء الحكم بانتفاء الشرط . والثاني ما أحرجه الطحاوي ثم الیهقي عن علقمة بن أبي وقاص أن طلحة رضي الله عنه اشترى من عثمان بن عفان رضى الله عنه مالا . فقبل لعثمان ثم قد عدت . فقال عثمان لى الخيار لأنى بعت مالم أره . وقال طلحة رضى الله عنه لى الخيار لأنى اشتريت مالم أره . فحكما بينهما جبر من مطعم رضى الله عنهم ، فقضى أن الخيار لطلحة ولا خيار لعثمان . والظاهر أن مثل

هذا يكون محصر من الصحاحه رضى الله عنهم، لأن قضية بحرى فيها التحالف بين رجلين كبير من ثم إنهما حكما فيها غيرهما، فالعالم على الصل شهرتها وانتشار حبرها. تخين حكمة حير بذلك ولم يرو عن أحد خلافه كان إجماعاً سكوبياً ظاهراً، (فتح القدير ٥ ص ١٤٠ - ص ١٤١). ثم إن قياس البائع على المشتري، ليحصل له خيار الرؤية فيما لم يره قبل البيع، قياس مع الفارق، ويقول السكاسى هذا المعنى ما يأتى. والاعتبار بخلاف المشتري ليس بسديد. لأن المشتري ما يره مشتري على أنه حير بما طله، فيكون بمخرطة مشتري شيء على أنه جيد فإد هو ردى، ومن شترى شيئاً على أنه جيد فإذا هو ردى فله الخيار. ومانع شيء ميره بيع على أنه أدون مما طله، فكان بمخرطة مانع شيء على أنه ردى فإد هو جيد، ومن راع شيئاً على أنه ردى فإد هو جيد لا خيار للبائع. فهذا افتراقاً، (البدائع ٥ ص ٢٩٢). ولكن يبدو أن الفرق ما بين البائع والمشتري في هذا الصدد ليس في من كل منهما أن المبيع جيد أو ردى ثم بين خطأ هذا الصل. في الحالتين وقع كل من المشتري والبائع في غلط يبرر مسح للعقد. وإما الفرق هو أن البائع أكثر من المشتري تمكناً من رؤيته المبيع لأن المبيع يكون عادة في يده، وإن لم يكن في يده من السير عليه أن يراه قبل أن يبعه. فإد لم ينعن كان مقصراً وكان الغلط الذى على أن يقع فيه غلطاً غير مغتفر.

ثانياً - أن يكون العين التى يبع لم يرها المشتري عند البيع، فإن اشتراها وهو جاهل، كما يقع ذلك كثيراً. فلا حبر له. وإذا كان المشتري لم يره المبيع وقت الشراء، ولكن كان قد رآه من ذلك، فإن كان المبيع وقت الشراء على حاله التى كان عليها لم يغير فلا خيار له. وإن كان قد تغير عن حاله فله الخيار. لأنه قد تغير عن حاله فقد صار شيئاً آخر فكان مشترياً شيئاً لم يره فله الخيار إذا رآه.

ثم إن خيار الرؤية ليس موقفاً بوقت. خلافاً لما ذهب إليه بعض الفقهاء من أنه موقت بعد الرؤية بقدر ما يتمكن فيه من الصبح، فإذا تمكن من الصبح

بعد الرؤية فلا يفسح ظلم خياره . وإنه ليس فيه . ويحتج أنه لا يوقف ،
بل يبي إلى أن يوجد ما يسقطه (فتح القدير ٥ ص ١٤١) . انتهى . فمضى
مسقطات الرؤية .

ووقت ثبوت الخيار وقت الرؤية لا قبله حتى لو أحسن . . .
وإذا ما لم يفسح ظلمه . بل قال أحسن أو رخص أو ما حار به . ثم
ثم رأى المسع بعد ذلك . فله أن يردده . لأن له على الخيار أن يفسح .
لا يعتد به . لأن المعهود عنه قبل الرؤية يوجب أو حار به . . .
قبل العزم والعلم به . فكل من قبله . فكل من قبله . . .
الرؤية . فقد احتج بشاح فيه كما يفهم . . .
لأنه لا خيار قبل الرؤية . ولهذا لا بد من خياره . . .
بعضه . وهو . . . لأن
كالعقد الذي فيه
عن قوله إنه لا خيار قبل الرؤية
وبما ثبت حكمه له (المدعي ٥ ص ٢٩٥)

حكم العقد حال قيام الخيار :

والعقد . حال قيام خيار الرؤية
وفسحه بعد الرؤية
له . فالعقد يكون لازماً من جانيه .
وإذا
المشترى السع وقد يردده
جاء لعب لأنه يمنع
(فتح القدير ٥ ص ١٣٧)
لأن عدم الرؤية يمنع تمام اصطقه
الرؤية لا يمنع انعقاد العقد صحيحاً

[illegible][illegible]

بره المشتري غير لازم . . . لأن جهالة الوصف تؤثر في الرضا فتوجب حذرا فيه . واحتلال الرضا في البيع يوجب الخيار . ولأن من الخيار إعراض الدم لما عصى لا يصلح له إذا رآه فيحتاج إلى التدارك ، فيثبت الخيار لإمكان التدارك عند الدم بظراً له . كما ثبت خيار الرجعة شرعاً بظراً للدوح تمكيناً له من التدارك عند الدم . . ولم يفترض بحسب أن المشتري يرد المبيع بعد رؤيته بسبب العلط ، بل افترضنا أيضاً أن هذا العلط ثابت إذ صدقنا المشتري بدعوه دون أن يلزمه إقامه لينة ، بل دون يمين . فكأن البائع ، إذا باع شيئاً لم يره ، المشتري ، يكون قد احتكم إلى دمة المشتري من غير يمين ، والعلط لدى وقوع فيه المشتري والذي ثبت له من أحجه الخيار هو غلط معتبر . لأن المشتري قد لا يتكلم من رؤيته لشيء قبل انشراء . أما العلط الذي قد يقع فيه البائع إذا باع العين من رؤيتها فهو غلط غير معتبر ، لأنه يتعذر عادة من رؤيته العين التي يبيع من البائع ، فلا خيار له كما سبق القول .

ولما كان العقد غير لازم لمشتري خيار الرؤية ، وكان له أن يفسخه ، فإن فسخها ، كما في خيار انشراء وفي خيار بيع ، لا يتوقف على قضاء أو قضاء . ويمكنه بالتقاضي ، صراحته أو كذابه ، على اوجه الذي أشرنا إليه في الحدين المتقدمين . فإذا كان المشتري ردّدت البائع أو فسخته أو ما جرى هذا المجرى ، بعد لرؤية أو قبلها ، من القصد أو بعده . انفسخ العقد دون حاجة إلى قضاء البائع بالفسخ ودون حاجة إلى رفع الأمر إلى القضاء . ولكن يشترط علم البائع بالفسخ عند أبي حنيفة ومحمد ، ولا يشترط عند أبي يوسف . جاء في فتح القدير . . . ولا يتوقف فسخ على قضاء ولا رضاء ، بل بمجرد قوله ردّدت يفسخ قبل القصد وعده . لكن بشرط علم البائع عند أبي حنيفة ومحمد . خلافاً لأن يوسف ، كما هو خلافهم في فسخ في خيار الشراء (فتح القدير ٥ ص ١٤٠) .

وقد سبق أقول إن عندنا في المذهب الخبي أن حمار الزبوة لا يتوقف ،
من يبيع إن أن يوجد ما سقطه ، فليس هناك وقت معلوم يجب أن يستعمل
فيه المشتري حياه في الإقصاء أو في الإبقاء ، وما دام ساكتا خيره قائم إلى
أن يصدر منه ما يدل على الإقصاء أو الإبقاء ، وبعد ذلك يسقط حياهه ويصح
اليه لا بما في حالة الإقصاء وسقط في حالة الإبقاء ، وهناك قول ، أشهدا إليه
فيما تقدم ، يذهب إلى أن حياه الأثر موقوف عند إرادة المبيع ما يمكن به
المشتري من الإبقاء ، فإذا تمكن من الإبقاء بعد الإذنه فليس سقط
حياهه ، وإذا لم يتمكن

(۳) ویستقطب مدار اتحادی مشتری من آن بخش ، غیر انوع
عمومه ، ولا یقتضی مدار و نه ، کان لثبته کما شد لا یث .
ثم جار لبع ، فعد أمه یث رسمه ح لعد .

(۳) وبینقص احد مناسبتها مع بعض من جملته وبقدره من
آن بخار اشتري . جاء في لفظه : وحقه أو نقصه من

[illegible]

٥ ٢ - حار الرؤية المذاهب الثلاثة الأخرى

مذهب مالك :

الحنابلة، إذا كانت حاضرة في مجلس لعقد، نكح في غيرها مشقة،
يجب أن أها المشرى أصبح العقد، وإذا اشتراها بعد رؤيتها، انعقد البيع
صحها، وإذا لا، لا حار فيه الرؤية، وإذا اشتراها من أن يراها،
يصح البيع، وهذا هو الحد؟ هذا إذا كانت العنق قد حار من مجلس
لعقد بحيث تمكن رؤيتها دون مشقة.

أما إذا كانت غير غائبة عن مجلس العقد، أو كانت حاضرة ولكن
في رؤيتها مشقة، كتب يحرر، أن لا يحرر، من سكر أو الغش، جاز
حار عن نفسه، ولكن العنق بعد حار، قد وصف، صفها يحررها من
عنقه، ويحررها منها، وقد نكحت العنق على هذا الوجه، انعقد البيع
بها، وليس يشرى - أو يؤجر -، ولكن له حار الوصف إن كانت

وكيفية مع المسلم والزمن والإحارة، سئل حار الرؤية، سواء وحده
بعد رؤيته، أو بعد حار، جازي مائة من أبعده، وإذا بعد لبيع
شرعا بطل الخيار، وأن كان تصرفا لا يوجب حقا بعد، كالبيع بشرط
بغير البيع، والمؤجر، فإنه لا يفسد، لا يفسد من الرؤية، لا، أو
أصل الخيار، كمن سارده في غير الرضا، وبشرط من رؤيته لا يفسد
بغيره، فإنه لا يفسد، بطلته بعد رؤيته، حار دلالة الرضا، ولما كان
بغيره، وما سئل حار بشرط بغيره، فيفسد المذكور،
السر من واحد، على البيع، فبينما إذا وحده من
المسرى، أن لا حار، حار، ولا يفسد بهما حار الرؤية،
. أن حار، رد على رؤيته، لم يكون من أن دلالة الرضا
لا عمل في أسفه حار الرؤية من الرؤية، أن تصير في عينه
حينئذ، بغيره، أو بغيره، أو بغيره، أو بغيره، أو بغيره،
الرؤية، حار، لا يفسد، فلا يعود إلا بسبب حار،
رواه عن أبيه، بغيره، بغيره، بغيره،
فكانت هذه الرؤية الكفاية بعد العود من محال استحقيق،
ص ١٤١ - ص ١٤٢) .

العين على غير ما وصفت . ويبحث في بيع على اوصاف ما يباع من البيع على
المرئاة ، هل ذكر اوصاف العين في هذه المکتوبات ، مشتمل على المشتري على
هذه الاوصاف ، فإن وجدت رد عليه ، ولا كان المشتري حياً . وصف
(مصادر الحق في الفقه الاسلامي ٢ ص ١٢٦ - ص ١٢٧) . وفيه عن
الوصف بأنه مقتضىه ، بل يمكن اشتريه قد سبق له أن رأى العين نفس
اليه وبأن يمكن أن لا يعرفه . وفي البيع محمد كات عدة وثائق لرؤية

قايام سبق سبقي هذه العين ، وقد وصف عن الدخول مستقراً ،
او وصفت ونكها كات . وقد حدثت في حياض لا . جهر المشتري
لنفسه الجارية . أي البيع . وقد سبق عن إبراهيم بن شهر بن شاذان
لمشتري ألا يكون له خيار ، بل يكف بالخيار . قاله صاحب .
ويزي ، بعد أن ذهب بحث لا يفي فإنه ما يفي .
الذهب احسن .

(١١) من احوط في
الرؤية قبل له
البيع
.

(١٢) من احوط
في رؤية
مقتضىه
لا
العين
.

(ج) فإن لم ينسق رؤية له
بعدة جداً ، وجب امحقة البيع أن شرط اشترى لنفسه خيار الرؤية ، فإن

مذهب الشافعي

لشافعي في حيار الأونة قولان . قول قدمه وقول جديد .

في لقول القديم يجوز بيع لبن العائنه . ويمتد بشه في حيار الرؤية . ثم إن في فقار صحة البيع إن ذكر صعدت المسع ثلاثة أوج : أحده أنه لا يصح حتى تذكر جميع الصعد . الثاني أنه لا يصح حتى تذكر الصعد المقصودة ، والثالث أن صحة البيع لا ينفك عن شيء من الصعد

مأمون كالمعذر . ومن ههنا أحذر ذلك مع لبيء برؤية مقدمه . أي ١١ كان من العرب يحب أن يبيع فيه نفسه " وجاء في إعراب ابن علقمة لأبي حنيفة ٢٥٦ " يجوز في أذهب مع استيء الصعد عن العائنه ورؤية مقدمه . وأحذر أبو حنيفة من عد نفسه ولا رؤية . وصحة السامع نفسه . وبسوط في أذهب في المسع عن نفسه خمسة شروط . الأول ألا يكون بعد جد . كالأندلس والفرقة الثاني ألا يكون مريب . كالحاصر في السد . الثالث أن يصعد غير المسع . الرابع أن يحضر الأوصاف المقصودة كلها . الخامس ألا يصدق نفسه بمرور إلا في المأمون كالمعذر . وجوز بعد من عد بمرور . ثم إن حذر المسع عن حبس نفسه والرؤية لزم السمع . أن حذر . عن خلاف ذلك فلم يسرى أحذر " .

وجاء في المدوقة على الشرح الكبير (جزء ٣ ص ٢٤ - ص ٢٥) " وأحذر مع وساء مصعدا فيه على أوصاف المكونه في الترميز . أي المفسر المكتوب فيه وضاف العدل من ل . المعنة المسرى عن بيت الصفة بغير ورده . وإن وجد عن الصفة بزم والأحد المسرى . وإن أشترى عن رؤية مقدمه يدعى المسرى أنه ليس بمسرى الصفة سي رأه عليه . وأدعى النافع أنه عيب . حيث أضاف على بعد الصفة . رأه المسرى عنها . وبه يبيع . وإن بيت . أن حصل شك من بعد نفسه في الرؤية وأبعد أم لا . فإن قطع عن المعرفة بعدم العبر والمقرر له بعد من . وإن بيع بصفة فتنوع المسرى كذلك . وإن رجحنا أحد مبيداتهم به سمع " .

وجاء في المدوقة الكبرى (جزء ١ ص ٤٤ - ص ٤٥) " فو . ه . في أرحل عدم به أضاف من س . فيحصره السوام . ويقر عليه من ماله ويقر في عيب كذا وكذا ملحقه بصفه . وكذا كذا رة . ودرية كذا وكذا . يسمى أضاف ذلك أسر وحسنه . ورمعه وعتق . ثم يجوز أشسروا على هـ . فمسرون . وخرجوا الإعتدال سي ذلك . فيحجب فيشتعلون ويسرمون . أن ذلك لازم لهم إذا كان ذلك موافقا لشرع الله الذي باعه عليه " .

حاضرة أو غائبة، وسواء سبق بشي رؤيته أو سبق، فهو جميع الأحوال لا يصبح لبيع إلا في البيع المتيقن وقت العقد، ومن هذا لا يكون لشئ حيار الرؤية، فهو قدر أن نفس وقت العقد وانتهائها من أن رؤيتها وقت العقد شرط في صحة البيع كما قدمنا، وفي هذا يختلف مذهب الشافعي في أقوال الخليل عن مذهب أبي حنيفة أحلافاً يتيقن قول الخليل من حيار الرؤية أصلاً، بل هو محال رؤية نفسه، فلا عبرة هناك مقتضى لحد الرؤية، و رؤية البيع وقت بيعه، فيما لا يختلف فيه رؤيته من البيع، لأن برؤية البعض ولو بعد خمسة، وأنه فيما يختلف أحكامه، فهو رؤيته لبعض المكملين كان في سبق رؤية غيره، كما يجوز في لفت الأساس وأساسه، قال: تسقط عنه رؤية غيره، بل رؤية غيره كذا ولا يكتفى رؤية البعض

والشافعي في شراعه رؤية البيع، والعقد صحة فيه في رؤية الخليل وهذا من شأنه أن يصدق كذا من تصديق لعدم صحة البيع في غير أسلاف عن بيع المرد والعمر موقوف، والله أعلم، وبه عده سلا من بيع ما ليس عند الإنسان، وإنما يصدق فيه صحة موقوفه، والله أعلم، المبيع هو ما يملكه، ومقتضى المالك لا يملكه، إلا أن رؤيته داخل عند المالك من أن رؤيته عند المالك بعد المدة، وبه يبيع من يبيع على الطريق بغيره، بل هو من يوصف ويراهن الوصف من حالة العقد، كذا يبيع أم لا من معرفة العرف، و رؤية، ويراهن راحة رؤية عن حالة العقد، بل هو أيضاً يبيع . ١

١ - خبر في عهد الخليل وفي رواية الحنفية عليها تسوية، سخر حسي ١٣ ص ٦٨ - ٧٠ .

ومن النصوص في مذهب الشافعي ما جاء في المذهب " ولا يجوز بيع العين الغائبة إذا جهل حاليها أو نوعها . . . من غير الحس والبيع . . . قال يفتك الله المروى الذي في كمي . العقد يبرحن الذي في دار أو

صحيحاً لا ريب، وليس يشتري ولا يذبح فيه، لكن إذا وصف المبيع
 فجاء على غير الوصف، كان المشتري حياً الخلف في الوصف، وإذا كانت العين
 المبيعة حاضرة في محض العقد، فإنه شرط رؤية ما هو مقصود البيع،
 كذا حال ثوب وشعر الخارية ونحوهما، فهو يباح ثوباً منقوشاً أو عفا حاضره
 لا يشاهد منها ما يخفى أثره. كان كبيع الخشب، فيجب وصف المبيع
 حتى يتضح البيع، وتبين من ذلك أن خيار الرؤية غير معروف في الظاهر من
 مذهب أحمد، بخلاف المذهب الحنفي فقد رأينا أن خيار الرؤية ثبت فيه
 المشتري حتى مع وصف المبيع، من يتضح البيع فيه دون وصف المبيع ودون
 رؤيته، مع ثبوت خيار الرؤية لمشتري.

على أن هذه الرؤية ثابتة في مذهب أحمد، هي أنه يجوز بيع العين حتى لم
 يوصف ولم تقدر رؤيتها، ويكون يشتري في هذه الحالة خيار الرؤية من
 إن لم ينعى يكون له هو أيضاً خيار الرؤية إذا لم ينعى له رؤية المبيع، فإذا
 ثبت المشتري أن خيار الرؤية على هذا النحو، فمن له الخيار عند
 رؤية المبيع الحق في البيع أو الإبقاء، ويكون ذلك على الفور عقب الرؤية،
 وفيه يتقيد المجلس الذي وحدت الرؤية فيه لأنه حينئذ تمتعت بعقد من
 غير شرط فقد بالمجلس كخيار المجلس، وإن اختار الفسخ قبل الرؤية انفسخ
 العقد لأنه غير لازم في حقه، وإن خيار المصداق العقد من الرؤية لأنه لأن
 الخيار يقع به رؤية والآية يؤيد ذلك، والعقد على قبول المصداق من
 المبرر، وتتفق هذه الرؤية أيضاً في مذهب أحمد مع المذهب الحنفي، في
 أن المبيع يندى بتسليم رؤيته به، وصفه ثبت فيه لمشتري خيار الرؤية
 وتختلف عن مذهب الحنفي، في أنها ليست خيار رؤية مبيع أيضاً وليس
 للمبيع خيار الرؤية في المذهب الحنفي، وفي أنها لا تثبت خيار الرؤية إلا إذا
 يوصف المبيع فيه وصف جاء عن المصنف فلا خيار لمشتري، وفي المذهب
 الحنفي يثبت خيار الرؤية لمشتري ولو وصف المبيع جاء عن المصنف.

وفي رواية ثالثة في مذهب أحمد، أن البيع على ماله لا يجوز، وأن

١٥ - متى يشت خيار العيب

نقد العيب كخيار الرؤية يثبت دونه شرط في العقود التي تخمّل ، مبيع :

خيار لعيب يثبت من حاجة من شرطه ، وهو من هذه الناحية يفارق خيارى لشرط واستيعين التبيين لا يثبتن إلا بالشرط ، ويرافق خيار الرؤية انتهى يثبت بحكم اشترع دون حاجة في الشرط .

عل أن هناك فرقا دقيقا ، من هذه الناحية ، بين خيار الرؤية وخيار لعيب ، فمما لا يؤه يثبت بحكم اشترع ، إذ ، من حيث هو الحدث المعروف ، أما خيار لعيب فهو من كثر في حاجة من شرطه صريح به ، إلا أنه يثبت بالشرط دلالة ، سلامة المبيع من عيب شرعي ضمن في العقد ، ولما كانت لسلامة مبيع ، فيه في العقد دلالة قصد صريح كاشف من صراحة في البدائع في هذا الموضع ، من سلامة شرط في عقد دلالة ، فمن يبيع المبيع لا يلزم البيع فلا يلزم حكمه ، وللدليل على أن سلامة مبيعة في العقد أن السلامة في المبيع مقصود به المشتري عادة من حده ، لأن عرضه الاسفاج بالمبيع ، ولا يتكامل تنقاعه ولا يبعد لسلامة ، ولأنه لا يدفع جميع ثمن إلا ليعلم له حرج المبيع ، فكانت لسلامة مبيعة في عقد دلالة فكانت كالمشروطه حصرا ، فإذا كان المتساو كل به الجذر ، كما إذا اشترى حماره على أنه بكر أو أبيض فحاجة في تحدها كذا كذا ، وكذا لسلامة من مستصحب العقد أيضا

لأن ذلك كحدث عيب حبيبا في البيع فممن من المتسوى .
لأنه يرمه المبيع فلا يرمه ماله يرمى به فممن من العقد لبيع عند رونه
المبيع حله يتحقق فممن من العقد لبيع به صحيح البيع لأنه مع لا صحيح بعه
و لم يبيع فممن به صحيح بعه لا معجوز كذلك أن كل انقضاء بعه
فممن من أن يضمن المبيع بعهده وأسر انقضاء بعهده فممن بعهده لأن
الاصح لسلامة ، له عارضة بعهده فممن بعهده لو كانت بعهده بعهده .
وهذا صاهر مذهب من يعنى فممن من ٧ من ٩

لأنه عقد معارضة ، وتعاونات مباحة على المساواة عادة وحقيقه ، وتحقيق المساواة في مقابلة لدل الدل واللامه باللامه . فكان طلاق العقد مقتضياً للمساواة . فإذا لم سلم الميع للمع لم يترى يثبت له الخيار . لأن المشرى يطالبه تسليم قدر اعانت بالعب وهو عاجز عن تسليمه . فثبت الخيار (المدخ ٥ ص ٢٧٤) . وقد سعى هذا المرق أن اعبر خياراً يؤيه من حق الشر فلا يجوز . فيه الإقصاء الصحيح مقصوداً إنما يسقط لالة مضاء لميع فسقط شرطه بغيره . أما خيار لعب فاعتر من حق اللعب ، فيجوز فيه الإقصاء الصحيح مقصوداً (المدخ ٥ ص ٢٩٧) .

على أن خيار لعب . إن جازت منه على شرط دلالة في العقد ، بقوله أيضاً على نص في لشرح كجاء رؤية . ويورد لحققه عادة أن لأصل في شرعية خيار اللعب ما روى عن النبي عليه السلام أنه قال . من اشترى شاة بخمسة مخرجها مضراة ، فهو بخير مطرب من ثلاثة أده في روى وهو لظن بل ثلاثة . إن شاء أمسك . وإن شاء رد دعاء ص تم يقدر السكاساني والخبران المذكوران هما نصرا الإسلام ورد . وذكر الثلاث في الحديث ليس بثبوت . لأن هـ . النوع من خيار ليس بثبوت ، من هـ . بناءً الأمر على ذلك البعد لأن المشرى إن كان به لعب بنفس عليه مسعى في هـ . لمدة عادة . ويرى هـ . فممكن لا يرض به هـ . ده . وانما من ثمر كانه قبعة من احدى حمله المشرى . عليه رسول انه صلى الله عليه وسلم . يبرق المشاهدة . والله ع . وحسن الله . (المدخ ٥ ص ٢٧٤) .

مهم يمكن من أمر فإن خيار لعب . كسائر الخيارات من خيار شرط . خيار رؤية . يقوله أيضاً على فكرة احتلال الرضاء . كما سيأتي

وخيار لعب . كجاء رؤية أيضاً . لا يثبت إلا في العقود التي تتضمن الفسخ . كالبيع والأجرة القسمة والصدقة عن مال على شيء بعبه . وقد ورد في الف . ٣٤٣ من مرشد الحرس يثبت حق فسخ العقد بخيار لعب من

هذه العيوب واستمرارها في الرقيق وهو في يد المشتري محل بحث طويل .
والحران واحاح وخلع الرس عيوب مؤثرة في الخيل . والحشم عيب مؤثر في
الأواني . والصدع عيب مؤثر في الحيوانات . وهكذا . والتعويل في كل ذلك
على عرف التجار ، فما كان من شأنه أن ينقص ثمن المبيع في عرفهم فهو عيب
يوجب الخسارة (١) .

يجب أن يكونه العيب قريبا :

ويجب أن يكون العيب ثانياً وقت عقد البيع أو بعد ذلك ولكن قبل التسليم ، حتى لو حدث بعد التسليم لابتث الخيار ، لأن ثبوته لفوات صفة السلامة المشروطة في العقد دلالة . وقد حصلت السلعة سليمة في يد المشتري والعيب لم يحدث إلا بعد التسليم .^(١٠)

١ - وقد يكون عبد بوحسن الخمار سوء الخوار في ابدار امساجره .
ومسحق لسيء من وهام القمامه . كل من ابدار سوء او ان يكون مسهوره
بمواسر احسن . جاء في خطب : ان في المواريه سوء الخوار في ابدار امساجره
عيبه برديه اذا لم نعم . وفي غيره سبب ذلك عيبا في البيع . وقد قال ابو
سالم الخراسي سمعت مالك يقول برد الدار من سوء خيرا . . . المداي
قال في موسع آخر من البيان من اشترى دارا فوجد خيرا فيها لم يربح ان
ذلك عيب برديه . وفي اسوم واخر غير . والذي احذره ابن عرفة
انهما يسا بصيب . والصواب عدى . ذلك عيب لانه مما يكرهه القوس
قطع . ان يكون ابدار مسهوره بعد امر احسن لا يمكن . وكذا اذا استهز
بالشوم لاتملك قالوا # (الخطب { ص ٤٣٦ }) .

۲. وقتی مله‌ها با یکدیگر می‌جنگند، بعضی از آنها را غلبه می‌دهند و بعضی را شکست می‌دهند. و بعضی از آنها را غلبه می‌دهند و بعضی را شکست می‌دهند. و بعضی از آنها را غلبه می‌دهند و بعضی را شکست می‌دهند.

ولا يكتفى أن يكون العيب قد حدث قبل التسليم ، بل يجب أيضا أن يبقى ثابتا بعد التسليم . لأن العيب إذا حدث قبل التسليم ورأى أيضا قبله ، فقد قبض المشتري المبيع سليما من العيب ، فلا يكون له الخيار .

أما إن حدث العيب بعد التسليم ولكنه استند إلى سبب قبل التسليم ، كأن كان المبيع عبدا فسرق أو قطع يدا قبل التسليم فقطعت يده بعد التسليم ، ففي مذهب الشافعي خلاف في هذه المسألة . جاء في المذهب : « وإن حدث العيب بعد القبض نظرت ، فإن لم يستند إلى سبب قبل القبض لم يثبت له الرد ، لأنه دخل المبيع في ضمانه فلم يرد بالعيب الحادث . وإن استند إلى ما قبل القبض ، بأن كان عبدا فسرق أو قطع يدا قبل القبض فقطعت يده بعد القبض ، ففيه وجهان : أحدهما أنه يرد وهو قول أبي أسحق . لأنه قطع بسبب كان قبل القبض . والثاني أنه لا يرد وهو قول أبي علي بن أبي هريرة ، لأن القطع وجد في يد المشتري فلم يرد كما لو لم يستند إلى سبب قبله » (المذهب ١ ص ٢٨٤) .

والبيعة فيها والصمن من البئع . وأما عهدة السنة فالتعق فيها والصمن من المشتري إلا من الأدوات الثلاثة . وهذه العهدة عند مالك في الرقيق . وهي أيب واحدة في أصناف البئوع في كل ما القصد منه المالكية والمحررة وكان بيعة لا في الدمه . هذا ما لا خلاف فيه في المذهب ، واختلف في غير ذلك . . واختلف أيضا عن مالك هل تلزم العهدة في كل أسلحة من غير أن يحتمل أنها عليها ، فروى عنه الوجهان . فإذا قيل لا يلزم أهل أسلحة إلا أن يكونوا قد حملوا على ذلك . فهل يجب أن يحمل عليها أهل كل بلد أم لا ؟ فيه قولان في المذهب . ولا يلزم العقد في عهدة الثلاث وإن اشترط ، ولم يلزم في عهدة السنة . والملة في ذلك أنه لم يكن تسليم المبيع فيها سائغ قياسا على بيع الحمار لرد العقد فيها بين السلف وأبييع . . وأما سائر عهدة الأمصار فلم نصح عندهم في العهدة اثر ، ورأوا أنها ولو صححت مخالفة للأصول . وذلك أن المسلمين يجمعون على أن كل مضية بزل بالمبيع بعد قبضه فهي من المشتري ، فالتخصيص لهذا الأصل المنقور إنما يكون بجماع ثابت . ولهذا ضعف عند مالك في إحدى الروايتين عنه أن يقضى بها في كل بلد إلا أن يكون ذلك عرفي في البلد أو بشرط ، وبخاصة عهدة السنة فإنه لم يأت في ذلك اثر . وروى الشافعي عن أبي حريص قال سأل ابن شهاب عن عهدة أسبوع وثلاث . فقال ما عهت فيها أمرا سائغا « وبإذنه المختهد ٢ ص ١٤٤ - ص ١٤٦ - وانظر في نقص الحاشية للحجج المالكية في العهدة الشرح الكبير على من المتبع ٤ ص ٩٠ - ص ٩١) .

وهناك خلاف فيما يتعلق بالعيوب الأربعة في الرقيق التي سقت الإشارة إليها : الأباق والسرقة والبول في الفراش والجنون . فرأى يذهب إلى أن ثبوت هذه العيوب عند البائع كاف ، ولا يشترط ظهورها عند المشتري . ويستند هذا الرأي إلى أن هذه العيوب عيوب لارومة لاروال لها ، فثبوتها عند البائع يدل على بقائها عند المشتري وإن لم تظهر ، إذ تبقى مخفية ثم تكشف . ورأى يذهب إلى أن الجنون وحده دون العيوب الثلاثة الأخرى هو الذي يطبق عليه هذا الوصف ، إذ الجنون في الرقيق فساد في محل العقد وهو الدماغ . وهذا بما لاروال له عادة لذا ثبت . فيقتصر إذن في الجنون وحده ، وفقا لهذا الرأي ، على ضرورة ثبوته عند البائع ، ولا يشترط ثبوته عند المشتري ، فهو ثابت بطبيعته ثم يظهر . على أن الرأي الذي عليه عامة الفقهاء أن هذه العيوب جميعا كغيرها قد تزول ، فبشروط ثبوتها في بدابائع وبقاؤها في يد المشتري .

ولسكن العيوب الثلاثة الأخرى غير الجنون — الأباق والسرقة والبول في الفراش — تتميز بأنها يشترط فيها العقل واتحاد الحال . فإن أتق الصبي أو سرق أو بال في الفراش في يد البائع وهو صغير لا يعقل ، ثم كان ذلك في يد المشتري وهو لا يزال صغيرا لا يعقل ، لم ينت حق الرد ، لأن هذه الأمور ليست عيبا في الصغير الذي لا يعقل . وحتى لو بقي الصغير يابق أو يسرق أو يبول في الفراش بعد أن عقل وكان ذلك بعد انتقاله إلى يد المشتري ، لم يكن للمشتري حق الرد ، لأن الذي كان موجودا في يد البائع ليس بعيب والموجود في يد المشتري عيب ولكنه حادث . كذلك إن اختلف الحال ثم ثبت حق الرد ، بأن أبق الصبي أو سرق أو بال في الفراش في يد البائع وهو صغير عاقل ، ثم كان ذلك في يد المشتري بعد البلوغ ، لأن اختلاف الحال دليل اختلاف سبب العيب . واختلاف سبب يوجب اختلاف العيب ، فكان الموجود بعد البلوغ عيبا حادثا لا يوجب الرد .

يجب أنه يكون العيب غير معلوم من المشتري ولا يكونه البائع فـ
اشترط البراءة من العيب :

ويجب أن يكون المشتري غير عالم بحود العيب في وقت العقد وفي وقت
التقصي معاً ، فإن كان عالماً به في أي وقت من هذين الوقتين فلا حيار له .
ذلك أن إقدامه على الشراء مع العلم بالعيب رضاء منه به دلالة . وكذلك إذا
لم يعلم بالعيب عند العقد ثم علم به وقت التقصي ، فقصه ليس مع عبه
بالعيب دليل على الإصا . لأن تمام استعقة متعلق بالتقصي فكان العلم عند
التقصي كالعلم عند العقد .

وقد يرضى المشتري بالعيب دون أن يعلم به . وذلك إذا اشترط عليه
البائع البراءة من عيب قتيب منه هذا الشرط . فإذا أراء المشتري البائع من
كل عيب أو من عيب بآئذات فأمم وقت العقد . فإن الإبراء لا يتناول عيب
الذي يحدث بعد البيع وفي التقصي . وإن أراءه من كل عيب أو من عيب بالذات
يحدث بعد البيع وقبل التقصي . فالشرط فاسد . لأن الإبراء لا يحتمل
الإضافة إلى من منصف ولا يتعلق بالشرط . فهو وإن كان إسقاطاً فيه
مع التملك ولهذا لا يحتمل الإبراء . وكان ذلك بيعاً صحيحاً فيه شرط
فاسد ففسد . وإن أراءه من كل عيب أو من عيب بالذات وأطلق البراءة
دون أن يخصص بالعيب القائم وقت العقد أو العيب الحادث بعده . انصرف
ذلك عند محمد إلى العيب المأمم وقت العقد دون العيب الحادث بعده . وعند
أبي يوسف زعم انهراءة العيبين . ويرأ السانع من عيب قائم وقت العقد
وعيب الحادث بعده . (١)

١ . وحسب حجة السوء من العيب في مذهب سبئعي . حاشي
البيد : جزء ١ ص ٢٨٨ . « إذا لم يفسد سبب البراءة من العيب ، ففقه
في العيب : حاشي : ١ . سبب : ١ . حاشي : ١ . حاشي : ١ . حاشي : ١ . حاشي : ١ .
سبب : ١ . حاشي : ١ . حاشي : ١ . حاشي : ١ . حاشي : ١ . حاشي : ١ .
٢ . حاشي : ١ . حاشي : ١ . حاشي : ١ . حاشي : ١ . حاشي : ١ . حاشي : ١ .
٣ . حاشي : ١ . حاشي : ١ . حاشي : ١ . حاشي : ١ . حاشي : ١ . حاشي : ١ .

٢ - حكم العقد حال قيام خيار العيب

المقرر نافذ غير لازم :

إذا نوافرت في العيب لشروط المتقدمة اذكر ، لم يمنع ذلك من انعقاد العقد صحيحاً مادام لا رماً من جهة النافع، ولكنه يكون غير لازم من جهة المشتري .
فيثبت المالك للمشتري في المبيع للمحال . لأن ركن البيع مطلق عن الشرط .
أما شرط لسلامة ثبات دلالة فهو من شرط في السب كخيار الشرط وليس شرط في الحكم كخيار الرؤية ، فيكون أثره في منع الدوم لا في منع أصل الحكم . أما خيار الشرط فقد دحل على السب منع انعقاده في حق الحكم مدة الخيار ، ولذلك لا يزول المالك عن لئان بشرط الخيار مدة خياره وأما خيار الرؤية فقد دحل على حكمه ومنع تمامه ، منع روم العقد حتى بعد القبض . وهذا بخلاف خيار العيب فإنه لا بدح على السب ولا على الحكم كما قدما ، فهو يحل من العقد غير لازم قبل القبض ، وقابلاً لمفسح من المبيع . أما كونه غير لازم قبل القبض فدين ذلك أن المبيع إذا كان

من عيب واحد وهو العيب النقص في الحيوان الذي لا يعلم به النافع . . . لا يخلو من عيب واحد من سوره . لأنه عندئذ يفسد . وأسفه . ويحول ضاعه ،
وعما يرا من عيب قطري أو جهر . فثبت الخاجة التي تسرى من عيب النقص فيه لأنه لا يفسد التي مفرقة . يوفى المشتري عنه . وهذا المعنى لا يوجد في العيب غاهر ، ولا في عيب خاص في ع الحيوان . فلم يحرر
تسرى منه مع العيب . وأطرح سبب المصلحة على من واحد . وهم
أنه يرا من عيب خاص في الخمر . يعلم به ولا يرا من غيره . وتناول هذا
المخل من أسرار السامعي من العوليين الآخرين على حكمه ذلك عن
غيره ولم يدره نفسه . وإن قلنا أن الشرط باطل . . . سطر البيع فيه
بجهن أحدهما لا يحل بيع وأما في بيع اسم . . .
هذا الشرط يقتضي حرراً من الثمن تركه النافع لأحد الشرط
وحيث أن برد الجزء الذي تركه سبب وذات محبوب
إذا أصيب إلى معصية صدر الجميع محبوا فبطل الثمن محبوا
العقد ، والله أعلم .

لا يرد في يد البائع، وأراد المشتري رد بالعيب، فإنه لا يحتاج إلى التراضي أو التقاضي، بل يكفي أن يقول رددت البيع أو ما يعبرى هذا المحرر لينفسخ البيع، وذلك لأن العقد غير لازم قبل القبض. أما بعد القبض فقد تمت الصفقة، وإنما يكون البيع قابلاً لمفسح لقوات شرط السلامة، ومن ثم لا يجوز مفسح إلا بالتراضي أو بالتقاضي، إذ لمع هذا يفسح بعد أن تمت الصفقة، ولا يفسح بمحض إرادة المشتري كما كان الأمر قبل القبض والصفقة لم تتم. وفي خيار الرؤية قد رأينا أن الصفقة لا تتم حتى بعد القبض، ولذلك يرد المشتري المبيع بخيار الرؤية بمحض إرادته دون حاجة إلى التراضي أو التقاضي، سواء كان ذلك قبل قبض المبيع أو كان بعد القبض. وفي خيار الشرط لا تتم الصفقة أيضاً حتى بعد القبض، فإذا رد من له الخيار ولو بعد قبض المبيع لم يفسح بمحض إرادته دون حاجة إلى التراضي أو التقاضي.

فما عرّفه إد، فيما إذا كان ارد يتم بمحض الإرادة أو كان لا بد في تمامه من التراضي أو التقاضي، إنما تكون بعدم تمام الصفقة أو تمامها. وإذا لم تتم الصفقة، كما هو الأمر في خيار الشرط والرؤية قبل القبض وبعد القبض، وكما هو الأمر في خيار العيب قبل القبض، كان الرد بمحض إرادة من له الخيار. وإذا تمت الصفقة، كما هو الأمر في خيار العيب بعد القبض، فإن ارد لا يكون إلا بالتراضي أو بالتقاضي. ذلك أنه إذا لم تتم الصفقة، كان الرد نقضاً للصفقة لا تتم، فيكون انفساحاً لا مفسحاً، أقرب إلى أن يكون رجوعاً على الإيجاب قبل القبض الذي هو عبارة المبول. فلا حاجة منه إلى التراضي. أما إذا كانت الصفقة قد تمت، فالرد لا يكون بمجرد نقض وانفساح تكفي فيه إرادة من له الخيار، بل هو مفسح للصفقة قد تمت، فلا بد فيه من التراضي أو التقاضي. فإن العقد لا يفسح إلا على النحو الذي به يعقد، وهو لا يعقد بأحد العاقلين فلا يفسح بأحدهما.

ويقول اسكاساني في هذا المعنى: «وأما كيفية الرد والفسخ بالعيب بعد

ثبوته . فالبيع لا يحلوا إما أن يكون في يد البائع أو في يد المشتري ، فإن كان في يد البائع ينفسخ بقول المشتري رددت ، ولا يحتاج إلى قضاء القاضي ولا إلى التراضي بإجماع . وإن كان في يد المشتري لا يفسخ إلا بقضاء القاضي أو بالتراضي عدنا ، وعدد الشافعي رحمه الله ينفسخ بقوله رددت من غير الحاجة إلى قضاء ولا إلى رضا البائع . وأجمعوا على أن الرد بحيار الشرط يصح من غير قضاء ولا رضا ، وكذلك الرد بحيار الرؤية متصلاً بلا خلاف بين أئمتنا . وجه قول الشافعي رحمه الله أن هذا نوع فسخ فلا تفتقر صحته إلى القضاء ولا إلى الرضا ، كالفسخ بحيار الشرط بالإجماع وبحيار الرؤية على أصلكم ، ولهذا لم يقتصر إليه قبل القبض وكذا بعده . ولنا أن الصفقة تمت بالقبض ، وأحد العاقدين لا ينفرد بفسخ الصفقة بعد تمامها كالإقالة . وهذا لأن الفسخ يكون على حب العقد لأنه يرفع العقد ، ثم العقد لا يعقد بأحد العاقدين فلا يفسخ أحدهما من غير رضا الآخر ومن غير قضاء القاضي . بخلاف ما قل القبض . لأن الصفقة قبل القبض ليست بتامة ، بل تمامها بالقبض ، فكان بمنزلة القبول ، كأنه لم يسترد . بخلاف الرد بحيار الشرط ، لأن الصفقة غير منعقدة في حق الحكم مع بقاء الخيار ، فكان الرد في معنى الدفع والامتناع من القبول . وبخلاف الرد بحيار الرؤية لأن عدم الرؤية منع تمام الصفقة لأنه أوجب حلاً في الرضا ، فكان الرد كالدفع . أما ههنا إذ اصفقة قد تمت بالقبض ، فلا تحتمل الإصباح بنفس الرد من غير قرينة انقضاء أو الرضا ، والله عز وجل أعلم . (البدائع ٥ ص ٢٨١) .

عدم لزوم العقد في عبارة العيب قائم على افتراض الرضا انقضاء

شرط السلامة من العيب :

فدما أن سلامة المبيع من العيب مشروطة في العقد دلالة . وقد سبق القول — انظر مصادر الحق في العقد الإسلامي حر ٢ ص ١٣٠ — ص ١٣١ — أن العاقد ، ما لم يشترط البراءة من لعيوب في الشيء أبداً يتعامل فيه ، يكون

قد كفل معاهد الآخر ، دلالة وسون حاجة إلى شرط صريح ، سلامة المعقود عليه من العيوب فإذا توافر هذه السلامة ، فقد احتل رضاء العاقد الآخر ، ووجب له الخيار .

ويقول لكاساني في هذا المعنى : إن السلامة لما كانت مرغوبة لمشتري ولم يخصص ، فقد احتل رضاء ، وهذا يوجب الخيار . لأن الرضاء شرط صحة البيع ، قال الله تعالى : *بأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بديكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض مذكر* فإعدام الرضاء يمنع صحة البيع ، واحتلاله يوجب الخيار فيه . إثباتا للحكم على قدر الدليل ، (البدائع ٥ ص ٣٧٤) .

وإذا كان خيار العيب يقوم على احتلال الرضاء ، فإن شأنه في ذلك شأن سائر الخيارات ، إذ أن كلا من خيار الشرط وخيار الرؤية يقوم هو أيضا على احتلال الرضاء كما سبق لعول .

كيف يكون الرد بخيار العيب :

إذا ثبت لمشتري خيار العيب ، كان له أن ينقص البيع ، وينقص البيع قبل انقضاء يرادته وحده ، كما أن يقول فسخ البيع أو يقضيه أو رده . وما هو في معناه . ويستترض عدم النافع بالنقص عند أي حيلة ومحمد ، ولا يشترط هذا العلم عند أي يوسف . كما هو خلافه في خيار الشرط وفي خيار الرؤية . أما بعد النقص ، فقد قدم أن النقص لا يكون إلا بتراضي أو بالتقصي .

والذي يترتب على الرد بخيار العيب :

إذا نقص المشتري بيع غير تعيب ، سسخ عقده ورد المشتري لمبيع معيا إلى النافع إن كان له نفسه . واسترد اش إن كان قد دفعه .

وبين له أن يحدث المبيع معيا ورجع على النافع بنقصان اش . لأن الأوصاف لا يبالها شيء من اش في حجر . عدمه لأن النافع لم يرض برؤا المبيع

قبله ، لم يرجع بقصان اثني ، لأنه نصير حاسبا المبيع بفعله ممسكا عن الرد .
هو باع المبيع المغيب أو وهبته ثم علم بالغيب ، لم يرجع بقصان اثني ،
لأنه بالبيع أو الهبة صار ممسكا عن الرد . ولو كان المبيع داراً فيها مسجد
ثم اطلع على غيب لم يرجع بالنقصان ، لأنه لما بناها مسجداً فقد أخرجها عن
ملكه فصارت كالو باعها . ولو كان المسع طعاماً فأكله أو ثوباً فلبسه حتى تحرق ،
لم يرجع بالنقصان في قول أبي حنيفة . وعند أبي يوسف ومحمد يرجع . وجه
قولهما أن أكل الطعام وليس الثوب استعمال الشيء فيها وضع وأنه انتفاع
لا إهلاك . وجه قول أبي حنيفة أن المشتري يأكل الطعام وليس الثوب
أحد جمداً عن ملكه حقيقة . ولو استهلك الطعام أو الثوب بسبب آخر وراه
الأكل واللبس ، ثم وجره عيباً ، لم يرجع بالنقصان لا خلاف ، لأن
استهلاكهما في غير ذلك الوجه إبطال محض .

(٣) وألا تصل إلى المشتري عوص عن المبيع . فإن وصل إليه عوصه ،
كان قس أجنبي العبد المبيع في يده خطأ ، لم يرجع بالنقصان في ظاهر الرواية
لأنه لما وصل إليه عوصه صار كانه باعه . ولو باعه ثم اطلع على غيب به لم
يرجع ، كذا هذا .

فيذا نوات هذه الشروط الثلاثة ، وكان المشتري الرجوع بقصان
اثني ، لحساب ذلك يكون على الوجه الآتي . يقوم المبيع غير معيب ثم
يقوم باعيب ، ولا يدفع المشتري للبايع من اثني إلا حصة تعادل النسبة بين
هاتين القيمتين . هو كانت قيمة المبيع غير معيب عشرين ، وكانت قيمته معيباً
خمس عشرة ، فالنسبة بين هاتين القيمتين نسبة ثلاثة إلى أربعة . فلو كان الثمن
سنة عشر ، لم يجب على المشتري من اثني إلا ثلاثة أرباعه أي اثنا عشر ،
ورجع بالنقصان وهو أربعة (١) .

(١) وإذا كان بعض المبيع معيباً دون بعض ، فالمبدأ الاساسي في هذه
المسألة هو عدم حواز تفرق الصفقة قبل تمامها ، فإن تمت جاز التفرق .

٨ ٣ - ما يسقط به خيار العيب

أسباب تخلفه :

يسقط خيار العيب ، فيلزم البيع ، للأسباب الآتية .

- (١) هلاك المبيع (٢) نقصان المبيع (٣) زيادة المبيع (٤) إسقاط المشتري
- بمختيار (٥) رضاه المشتري بالعيب بعد اعلم به (٦) تصرف المشتري في المبيع
- قبل العلم بالعيب . (١)

ويطسّف بهذا المبدأ ، يميز الفقه الحنفي بين ظهور العيب من انقضاء وظهوره بعد انقضاء . وهذا له نفس المشتري شيئاً من المبيع . ووجد سبعة عيب . فهو بالحجر أن يبيع رضى بذلك ، ثمه جميع الثمن . وإن شاء رد الكس . وليس به أن يرد المبيع خاصة بخصه من الثمن . سواء كان المبيع شيئاً واحداً أو أشياء متعددة . لأن الصفقة لا تمام لها من العيب . وتعرف الصفقة من تمامها بفس . وهذا هو الحكم فيما إذا كان المسمى من بعض المبيع دون بعض . فوجد سبعة عيب . فهو أيضاً لا يملك رد المبيع خاصة بخصه من الثمن . سواء وجد عيب على المبيع أو بالمعوض . لأن الصفقة لا تمام إلا بعض جميع بمعد عليه . فكان رد البعض دون البعض يعرف الصفقة من التمام وهو باطل .

أما إذا كان المسمى من كل المبيع . ثم وجد سبعة عيب . فإن كان المبيع شيئاً واحداً - فهو بعدد كخفي أو بطلن أو مضراعي باب وبحو ذلك - فكذلك لا يملك رد المبيع خاصة بخصه من الثمن . وإن كان المبيع شيئاً متعددة . فله أن يرد المبيع خاصة بخصه من الثمن ، وليس له أن يرد الكس إلا عند الرضى . وهذا لأن حق الرد إنما ينشأ بعواقب سلامة المبروطة في العقد . واستلامه في أي أحدهما فكر له رده خاصة . فلو أصبح اردت إنما يتبع لتقصه يعرف الصفقة . وتعرف الصفقة باطل فل انعام لانه . والصفقة قد تمت بمضمونها من المبيع . وهو قال المسمى بأميك المبيع وأرجع بعض الثمن منه سن له ذلك . لأن أميأكه لتقصت دلالة الرضا به وأنه جمع الرجوع بالتقص . وعند غيرنا والبعض ليس للمسمى في العقد الآخر أن يرد المبيع بخصه من الثمن . بل ردهما جميعاً أو مسكهما جميعاً . ولأن في يعرف بينهما في الرد استمراراً بمتبع ، إذ فيه أردى ، أي الجيد في البيع من عدة الخيارات لبرو - أردى بواحدة الجيد . وقد يكون العيب بالردى فيرد على البائع وجرمه البيع في أحد الثمن أردى . وهذا استمرار بمتبع وهذا أصبح . نص في كس ما عدم استدع ٥ ص ٢٨٦ - ص ٢٨٩ .

ولا يسقط خيار عيب بغير المسمى . وهذا ما ذهب إليه ورثته معامة في الحجر . وقد قلنا أن حجر أميك كحجر البعض بوث - وهذا بخلاف حجر أسطر وحجر أرويه فانهما لا يورثان .

فهذه أسباب مختلفة، بعضها يرجع إلى تغير حالة المبيع بالهلاك أو النقصان أو الزيادة، وبعضها يرجع إلى بطل المشتري عن حقه بالإسقاط أو الرضا بالعيب، وبعضها يرجع إلى تعذر رد المبيع بتصرف المشتري فيه.

فتناول في إجمال هذه الأسباب المختلفة تباعاً.

هــ هـك المبيع :

يسقط خيار العيب بهلاك المبيع لصوات محل الرد . فإن هلك المبيع وهو في يد البائع ، انفسح البيع ولا يرجع البائع على المشتري شيء من الثمن لأنه يحمل تبعه الهلاك قبل القصد . وإن هلك المبيع وهو في يد المشتري ، فهلاكه عليه لأنه قد قبضه ، ولكنه يرجع على البائع نقصان الثمن بسبب العيب .

تقصان المبيع :

إذا نقص المبيع (١) قبل القصد ، وكان نقصان بعينه فعل المشتري أو فعل أخفى ، أى فعل البائع أو فعل المبيع أو دقة سماوية ، فهذا وعدم نكس به عيب سواء . ويكون للمشتري الخيار ، إن شاء أخذ بالمبيع وطرح قدر النقصان ، وإن شاء رد ، كما إذا لم يجد بالمبيع عيباً . ذلك أن له الخيار في الرد حتى لو لم يكن بالمبيع عيب ، فلا يحتاج إلى حذر آخر . وإن كان النقصان بفعل المشتري ، كان للمشتري أن يرضى المبيع بالعيب ولا يرجع شيء . وإن شاء رجع نقصان العيب على البائع ولكن مائة في هذه الحالة أن يأخذ بالمبيع ويسقط جميع الثمن . وإن كان النقصان بفعل أخفى ، والمشتري حياً ، إن شاء يرضى بالمبيع جميع الثمن ويبع الخاق بالأرض ، وإن شاء رد . ويسقط عنه جميع الثمن واتبع البائع جاني الأرض . كما إذا لم يجد المشتري بالمبيع عيباً

١ وكذا نفس طرء سبب آخر على المبيع عند أم العيب الأول من صرا العيب فثاني قبل القصد . فبذلك سمى البيع كما نقصان القصد قبل القصد . وإن طرأ العيب على بعد القصد . فهو حديث لانقصه استبع كما لا ينقص الحق بعد القصد .

وإذا نقص المبيع بعد القبض وهو في يد المشتري . أيا كان سبب النقص ثم وجد المشتري به عيبا ، لم يكن له أن يردّه بالعيب . ذلك أن شرط الرد أن يكون المردود عند الرد على الصفة التي كان عليها عند قبض ، ولم يوجد لأن المبيع خرج عن ملك البائع مع عيب واحد يعود على ملكه معينا عيبين ، عيب القديم والنقصان . وهو إذا كان يصح العيب القديم ، فإنه لا يصح انقضاء لأنه حدث بعد القبض والمبيع في يد المشتري . فاعدم شرط الرد ، ولم يشترى أن يرجع بنقصان ثلث بلعيب ، إلا إذا رضى البائع بأحد المبيع ورد كل الثمن . (١)

ريادة المبيع :

إن حدثت الريادة قبل القبض . فإن كانت متصلة متولدة من الأصل (كالكبر واسم) ، فإنها لا تمنع الرد بالعيب . لأن هذه الريادة تابعة للأصل فكانت مبيعة بعا . وما كان تبعاً في العقد يكون تبعاً في الفسخ . وإن كانت الريادة متصلة غير مولدة من الأصل (كاجرة في ثوب والساء على الأرض) ، فإنها تمنع الرد بالعيب . لأن هذه الريادة ليست تابعة بل هي أصل نفسها ، فتعذر رد المبيع ، إذ لا يمكن رده بدون الريادة لعدم الفصل ، ولا يمكن رده مع الريادة لأنها ليست تابعة في العقد فلا يكون تابعة في الفسخ . ويكون لمشتري الرجوع بنقصان الثمن . وإن كانت الريادة مفصلة متولدة من الأصل (كأولاد وانثر ولبس) ، فإنها لا تمنع الرد بالعيب ، فإن شاء المشتري ردها

١ . وفي مدخل هذا المبحث في رد المبيع في هذه الحالة ورد معه
ارس انقصان . لأن حق رد المبيع عند غير القبض . فهو أصح مما
يبيع بغير القبض . والمشتري يستحق الرجوع من البائع لأنه لم يمس
بشيء منه
آخر من هذا المبحث في رد المبيع في هذه الحالة ورد معه
أن لا يرد المبيع إذا كان عليه عيب
السهمي
الفقه ص ٢٦٦ .

جميعا ، وإن شاء رضى مهما بجمع الثمن . وإن كانت الزيادة منفصلة غير متولدة من الأصل (كالغلة والكسب) ، فإنها لاتتمع الرد بالعيب ، لأن هذه الزيادة ليست بمبيعة وإما هى مملوكة بملك الأصل ، فبالرد يفسح العقد فى الأصل وتبقى الزيادة مملوكة للمشتري غير ثمن عند أى حنيفة لكنها لاتنطبق له لأنها وإن حدثت على ملكه إلا أنها ربح مالم يضمن ، وعند أبى يوسف ومحمد تكون الزيادة للبائع لكنها لاتنطبق له .

وإن حدثت الزيادة بعد القبض ، فإن كانت متصلة متولدة من الأصل ، فإنها لاتتمع الرد بالعيب إن رضى المشتري بردها مع الأصل التى هى تابعة له . وإن أبى المشتري الرد وأراد الرجوع بنقصان الثمن كان له ذلك عند أى حنيفة وأبى يوسف ، وعند محمد ليس للمشتري أن يرجع بنقصان الثمن على البائع إذا أراد البائع استرداد المبيع معيا ورد الثمن كله . وإن كانت الزيادة منفصلة غير متولدة من الأصل ، فإنها لاتتمع الرد بالعيب ، ويرجع المشتري على البائع بنقصان الثمن ، وإن كانت الزيادة منفصلة متولدة من الأصل ، فإنها لاتتمع الرد بالعيب . ويرجع المشتري بنقصان الثمن ، لأن الزيادة حصلت فى ضمان المشتري ، فإن ردها مع الأصل كانت للبائع ربح مالم يضمن ، وإن استبقاها ورد الأصل فإنها تبقى فى يده بلا ثمن وهذا تفسير الرأى . وهذا بخلاف هذه الزيادة قبل القبض ، فإنها تحصل فى ضمان البائع ، فجاز ردها مع الأصل إلى البائع لحصولها فى ضمانه ، ومن ثم جاز الرد بالعيب كما قدمنا . وإن كانت الزيادة منفصلة غير متولدة من الأصل ، فإنها لاتتمع الرد بالعيب ، ويرد الأصل على البائع ، والزيادة للمشتري طيبة له لأنها حصلت فى ضمانه .

إسقاط المشتري للخيار :

ويسقط خيار العيب بإسقاط المشتري له إسقاطا مقصودا صريحا أو ما هو فى معنى الصريح ، نحو أن يقول أسقطت الخيار أو أبطلته أو أكرمت البيع أو أوحته وما يجزى هذا المجزى ، لأن خيار العيب حقه فله أن يزل عنه .

وكإسقاط الخيار إبراء المشتري البائع من العيب ، لأن الإبراء إسقاط وله ولاية الإسقاط ، والخيار حقه والمح قابل للسقوط .

وقد قدما أن خيار الرؤية ، بخلاف خيار العيب ، لا يسقط بالإسقاط المقصود الصريح .

رضاء المشتري بالعيب بعد العلم به :

ويسقط خيار العيب برضاء المشتري بالعيب بعد أن علم به ، لأن حق الرد إنما هو لفوات السلامة المشروطة دلالة في العقد ، وإذ رضى المشتري بالعيب بعد العلم به فقد دل على أنه نزل عن هذا الشرط أو أنه لم يشترطه 'تداء'

والرضاء قد يكون صريحا ، كأن يقول المشتري رضيت بالعيب أو أجرت هذا البيع وما يجري هذا الجرى . وقد يكون الرضاء دلالة ، كأن يصدر من المشتري بعد العلم بالعيب فعل يدل على الرضاء به ، كما إذا كان المبيع ثوبا فصبغه أو قطعه أو أرسا فيه عليها أو حطه فطحنها أو لحا فشواه . ويعتبر تصرف المشتري في المبيع بعد العلم بالعيب رضاء بالعيب دلالة . فإذا باع المبيع أو وهبه وسلمه أو أعتقه أو كابه أو دبره ، كان في الإقدام على هذه التصرفات مع العلم بالعيب دليل الرضاء بالعيب .

تصرف المشتري في المبيع قبل العلم بالعيب :

وإذا تصرف المشتري في المبيع بأن أخرجته عن ملكه ، حتى قبل علمه بالعيب ، سقط خياره ، لعدم رد المبيع إلى البائع . فإذا باع المبيع أو وهبه وسلمه وهو غير عالم بالعيب ، سقط خياره . ولكن لو فح تصرفه ، ودل عليه المبيع بخيار شرط أو بخيار رؤية مثلا ، عاد حق خيار العيب للمشتري ، وجاز له رد المبيع للبائع .

الفرع الثالث

مقارنة الفقه الإسلامي بالفقه الغربي

في نظرية البطلان

مسائل تمهيدية :

بعد أن فرغنا من بسط نظرية البطلان في الفقه العربي وفي الفقه الإسلامي ، نعتقد مقارنة سريعة بين العقيدتين في هذه النظرية ، فنقارن بينهما في مراتب البطلان ، وفي أحكام البطلان ، ثم سنأتي خلاصة وجيزة أين تمت الصاعدة الفينة في الفقه الإسلامي وأين وقعت ، وكيف أخذ التقنين المدني العراقي بضرورة البطلان عن الفقه الإسلامي لأهل الفقه العربي .

الملحوظ الأول

مراتب البطلان

أركان العقد وشروطه — العقد الباطل :

بدأ كل من العقيدتين بتحديد ركن العقد وشروطه ، فليس بينهما التحديد بدقة عقد واحد ، بل في تحديد ركن العقد وشروطه ، وفي عقد الباطل لم يستوف جميع أركانه وشروطه ، فليس فيه ركن أو شرط من شروطه ، فكأن العقد صلاحيته عند الركن أو شرط واحد من شروطه ، فليس العقد الباطل .

ويكاد الفقه العربي يكون متفقاً مع الفقه الإسلامي في تحديد أركان العقد وشروطه . وفي الفقه العربي أركان العقد ، كما قدمنا ، ثلاثة : الرضا ، المحل ، والسب . والمتراضى شرائط بعقد هي التبرع ومطابقة القبول للاعجاب . وليس شرائط هي أن يكون ممكناً ، ومعيناً أو قابلاً للتعيين ، وصالحاً للمتعامل فيه . وليس شرط واحد هو المشروعية .

وكذلك الفقه الإسلامي ركني لعقد عهده هو الإيجاب والقبول . والإيجاب والقبول يفرضان بذاتهما وجود المحل . ويمكن القول بأن لفقه الإسلامي يعرف في بعض مراحله نظرية السب . ثم إن شرائط الإبقاء في العقد مواهبة القبول للإيجاب واتحاد المجلس ، وفي العاقد العقل والتعدد ، وفي المعقود عليه أن يكون ممكناً ومعيناً أو قابلاً للتعيين وصالحاً للمتعامل فيه .

فالأركان والشرائط في الفقهين واحدة ، مع اختلاف يسير في التعبير لاحظ له . ومن ثم تتوحد معققة لعقد الباطل في كل من الفقهين الإسلامي والعربي .

١. صافى العقد — العقد المفسد :

ويعرف العقد الحق ، من جانب أركان العقد وشروطه ، أو صافى العقد ، ومن ثم يعرف من جانب العقد الناطق بالعقد للناسد . وإذا سلمت للعقد أركانه وشروطه واحتل وصف من أو صافى ، فالعقد منعقد ، ولكنه يكون فاسداً غير صحيح . وأوصاف ، عند اتصال أكثرها ببعض ، فالعرب والربا والشروط الفاسدة والضرب في تسليم المعقود عليه ، هذه هي أهم أسباب الفساد . يضاف إليها سبب يتصل بالإرادة هو الإكراه عند الإلزام وصاحبه .

ومهما يكن من قوة الصناعة الفنية التي اشتهر بها المذهب الحنفي في ابتداعه لفكرة العقد لفاسد — وسرى ذلك فيما يلي — فإن أسباب الفساد لا يقرها الفقه العربي . فهو لا يحنى العرر حشية الفقه الإسلامي له ، ويبيح الربا بقيود

معينة ، ولا نأى أن يقرن العقد بشرط ، والصرر في تسليم المعقود عليه ليس له حكم خاص بل هو يخص لمواعيد العامة . أما الإكراه فيصعبه مع بطلانه من عيوب الإكراه — العلق والتدليس — في صف واحد ، وبوجود الإكراه فيها فيجعله قابلية العقد للإبطال .

ومن ثم لا يخفى في الفقه العربي للعقد الفاسد ، إذ هو لا يستجيب للحاجة

نقص الأهلية وانعدام الملك — العقد الموقوف .

ويثبت الفقه الإسلامي بين العاقد وللعقد والمعقود عليه ، بأن يشترط أن يكون للعاقد ولاية على كل من العقد والمعقود عليه ، فالولاية انعقدت على العقد هي الأهلية ، والولاية على المعقود عليه هي الملك الخاص . فإذا احتلت الولاية على العقد ، أن كان العاقد ناقص الأهلية أو احتلت الولاية على المعقود عليه ، أن كان المثل غير ممنون للعقد أو كان ممنوناً له ولكن تعيق به حق الغير ، كان العقد موقوفاً .

ويفرق الفقه العربي بين «نقص الأهلية وانعدام الملك» . ويجعل الإكراه على نقص الأهلية قابلية العقد للإبطال ، والإكراه على انعدام الملك عدمه . بأن العقد في حق المالك وقابلية العقد للإبطال في حق المشتري .

والفقه الإسلامي أكثر إحكاماً في صناعته فقد صاغ فكره العقد الموقوف صياغة موفقة . واجهها العقد الصادر من ناقص الأهلية وانعقد لصادق من غير المالك . هذا إلى أن الفقه العربي في بيع ملك لغيره وهو بيع المصون — عسرت المأواصحا في صناعته . فلم يستطع أن يواجه هذا العقد بخرائه واحد من عدد الخراء . شغل العقد قابلية للإبطال من حيث يشترى وغيره في حق المثل . ثم خرج على قواعد صناعته . بأن جعل ملك وهو غير ممنون للمدعي بقر الإبطال لمصلحة حق إجازة العقد . وهو ما جعل لمصنعه في فقهه العربي . من أمر بطلان بيع ملك لغيره .

استخلاص عربية عامة تنص هذه العيوب يرجع ، في رأينا ، إلى انه
لموضوعية متعلقة في الفقه الإسلامي فعيوب الإرادة في أساسها تقوم على
اعتبارات دأته ، والإرادة المعيبة التي يشوبها غلط أو تدليس أو إكراه أو
استغلال هي الإرادة الباطنة التي تخفى في النفس لا الإرادة الظاهرة التي يقف
عادة عندها الفقه الإسلامي ولعل لعيب الذي حدث ، أكثر من غيره هو
عيب الإكراه ، وذلك لأن له مظهرًا ماديًا أكثر وضوحًا ينجس من السير
إحصاءه لصواط موضوعية ، ثم هو بعد ذلك عيب تصارت مداهب
المختلفة في تعيين الحراء المترتب عليه كما سبق القول .

ومرية الفقه امر في أنه جمع كما قدما بين عيوب الإرادة ، ووضع لها
نظرية عامة عالجا في استقصائه . ولكنه واجه هذه العيوب بمسكرة العقد
القابل للإبطال ولعل فكره العقد الموقوف ، لو استعيرت من الفقه الإسلامي
نكون أكثر توفيقا . فهي أكثر ملاءمة لعيوب الإرادة . ثم هي تبرز الصلة
الوثيقة بين هذه العيوب وبين نقص الأهلية ، فالعقد في جميع هذه الأحوال
يكون موقوفا لا اعتبارات ترجع كلها إلى وحوث كمال التمييز في العاقد حتى
ينتج العقد أثره . وكان في رأينا موقفا عندما جعل عقدا المسكرة موقوفا .

مقابلات في الصناعة الضمنية بين الفقهين .

وإلى هنا يمكن لتقريب بين الفقهين . ثم تماوت بعد ذلك الصناعة في
كل منهما ، إلى حد لا يستطيع معه الباحث إلا أن يشير إلى بعض مقابلات بينهما .
فقد رأينا الفقه الغربي يميز بين العقد القابل للإبطال والعقد الذي لا يسرى
في حق الغير ، ويطبق عدم السريان في حق الغير في بيع ملك الغير وفي مجاورة
الوكيل لحدود الوكالة وفي بيع المريض مرض الموت . أما في الفقه الإسلامي
فيواجه كل ذلك بفكرة العقد الموقوف .

ورأينا الفقه الغربي يميز بين البطلان والفسخ . أما الفقه الإسلامي فالفسخ

عنده نفس نظرية عامة مستقاة بل هو يدرج تحت نظرية الإعلان . ولا يعمد العقود المبرمة للجاسين . إذا لم يقيم أحد المتعاقدين بتقدير التزامه فيها . بل يقتصر على حالات معينة كما في حذر العيب وفي حذر العقد .

و أما عقده العربي فيميز بين الإعلان وبين اشرط الفاسخ والشرط واقف . أما عقده الإسلامي فيؤيد في تأييدات التعبد على اشرط كقاعدة عامة . ولكنه يثبت من اشرط واقف في حذر اشرط . ومن اشرط الفاسخ في خيارى الرؤية والعيب .

ويعرف الفقه الإسلامي حذر تعين . وواجبه لعقده العربي بالالتزام التحيزي .

أما نظرية العسار فتؤيد بها عقده الحبي حماية . على عرار نفسه الشهر العقارى في عقده العربي . ومع عقده الإسلامي مشتركى لمقنن من اشرط . وقيل . ويقارب به لك التمسدة التي يقص في الفقه في أن الحيازة في المقول منذ الملكية .

مقالة الفقه الاسلامى الفقه العربى في نمرود مراتب المطاوعة

فإذا لم كما هذه المصطلحات المتأثرة في برامج مختلفة . واقصر ما على عدد مراتب الإعلان والصححة في العقد . وحدها عقده الإسلامي أكثر تدرجاً من الفقه العربى في ذلك .

فعنده العقد المص : ويقبله في انقضاء العربى لعقد الماخذ أيضاً . وغير سواء .

وعنده العقد عاسد : ولا يقاله . في انقضاء العربى .

وعنده العقد الموقوف : ولا يصير في انقضاء العربى . وأغرب منه .

هو العقد انقضى للإبطال ومن كان يقص .

وعنده العقد غير نلزم . وتصيره في لعقده العربى العقود غير اللازمة . ثم

أبى العقد القاس لإبطال مرءة أخرى يتقاسم العقداء . لا يراه في الحق الإسلامى
فما يخص العلق .

المبحث الثانى

أحكام البطلان

١ - العقد الناطق

العقد الناطق الذى يفتى أن كنهه فى قانونى .

ربما أن العقد الناطق فى حق الإسلام يتناول فى حاله عقد الناطق فى
حقه لغيره . هو كنهه فى أحكامه .

والعقد الناطق فى حق الإسلام . لا يراه فى حق الإسلام . فليس له
حيز قانونى ولا يفتح ثأ كنهه فى حق الإسلام . لا يراه أحد الناطق
أن يجبر الآخر على تنفيذ عقد باطل . لا يراه فى حق الإسلام .
الناطق . لا يراه فى حق الإسلام . لا يراه فى حق الإسلام .
الناطق . لا يراه فى حق الإسلام . لا يراه فى حق الإسلام .
من يله المشتري الآخر .

وما كان العقد الناطق فى حق الإسلام . لا يراه فى حق الإسلام .
حقه بإحاطة . أم لا . لا يراه فى حق الإسلام . لا يراه فى حق الإسلام .
من جده . والفرق واضح بين جده العقد الناطق . لا يراه فى حق الإسلام .
فى مصلحه . أن يراه فى حق الإسلام . لا يراه فى حق الإسلام .
مصلحة . لا يراه فى حق الإسلام . لا يراه فى حق الإسلام .
يطلب أحد ذلك .

الآثار التي يمكن أن تترتب على العقد الباطل

وقد تفرقت على العقد الباطل آثار في كل من الفقهاء .

من ذلك أرواح باطل ، فهو كتصرف شرعي لا يفتح أثرا لكل المجتمع ووجوب الفقة والتوارث ، ولكنه كواقعة مادية يفتح بعض الآثار كوجوب العدة ووجوب المهر وثبوت النسب وسقوط الخد ، وقد قدم بيان ذلك .

وإذا سلم المانع بعقد باطل المبيع إلى المشتري ، فإن الضمان يقع إليه في الفقه الإسلامي ، فإذا هب في يده أي لمبانع القيمة أو البطلان . وهذا أثر من آثار العقد الباطل باعتباره واقعة مادية ، كما سبق القول . أما في الفقه العربي فمختلف أحكام الضمان ، وليس لها مكان محتمل ، ولكن يمكن القول في خصوص المسألة التي نحن بصدد ، إن المبيع بعقد باطل يذهب في يد المشتري بهلك على مالكه ، أي على المانع لا على المشتري .

ومن الآثار التي تترتب على العقد الباطل في الفقه العربي انتقاص العقد . تمهيداً ، فسنعرض في الفقه الإسلامي كلا من هاتين المسألتين .

انتقاص العقد

رأى في لفقه العربي أن العقد إذا كان في شق منه أصلاً أو قابلاً للإبطال فمما اشق وحده هو الذي يبطل ، إلا إذا تبين أن العقد ما كان لغيره غير الشق الذي وقع أصلاً أو قابلاً للإبطال فيبطل العقد كله . وهذه هي قاعدة انتقاص العقد . فبقسمة أفعال بعضها موقوف وبعضها موقوف يقع فيه من بعض المعروف ، ومن صحته في بعض الموقوف . وهذا ما ذهب إليه من ذهب في نسبه ثم أمم ما ذهب إليه في عدمه . ومن ذهب إلى

أنه لا ينته انتقاص عقد معروف في عقد إسلامي . وتبين لمجابهة فيها موضوعي ، بخلاف فقه عربي بالمعيار فيه ذاتي . ذلك أن في

الفقه له في بحث في نية التعريف هو كما : يقال أن العقد يتم بغير
لشئ أبدي وقع إطلاقاً أو كذا لا يزال . ذلك ، في الحاشية الأولى ينقص العقد ،
وفي الحاشية الثانية يطل العقد كله . فالمسألة بدت مردها ، كما ترى ، إلى نية
العاقدين ، وهذا معيار ذاتي .

أما فقه الإسلامى فالمعيار فيه موضوعى ، سواء كان شق العقد أبدي
يراد انتقاصه باصلاً أو فاسداً أو موقفاً .

وفي حالة ما إذا كان شق من العقد صحيحاً وشق منه باطلاً ، كبيع عبد
وحر أو سبع فاكهة وحر ، ينسب العقد كله في المذهب الحنفى ، لأن نفاء شق
الصحيح وحده يكون يعبأ بحصة من الشئ انتفاء . وهذا لا يجوز . ويطل
العقد كله أيضاً في مذهب أحمد وفي قول فى مذهب الشافعى ، لحالة العوض ،
لأن العوض هنا لا ينقسم على النقص بالآخر ، فالمعيار إذن موضوعى .

وفي حالة ما إذا كان شق من العقد صحيحاً وشق منه فاسداً ، كما إذا كان
الفساد راجعاً إلى الباطل أو إلى جهالة الأصل أو إلى وجود شرط فاسد ، ينتقص
لعقد نزول صاحب المصلحة من العاقدين عن الجزء المفسد . فالمعيار هنا
أيضاً موضوعى .

وفي حالة ما إذا كان شق من العقد صحيحاً وشق منه موقفاً ، فهذا أيضاً
نحو الفقه الحنفى معياراً موضوعياً . فإذا باع شخص ملكه ومالك غيره
عقد واحد ، فاعقد فيما يخص ملكه باء . وهو موقوف فيما يخص ملك الغير .
ولكن المبيع كله يدخل في العقد إذا انعقد البيع في التمتع ، فإذا سقط اشق
الموقوف منه بطل العقد بطل شق الباطل . حصته من الشئ ، وهذا جائز لخوا
ليعب بالحصة من الشئ بقاء لا انتفاء . وقد تقدم من ذلك .

تحول العقد :

وقد يصعب القول بأن لفقه الإسلامى يعرف بطريقة تحول العقد على النحو
الذى نسطه في الفقه الجردى . ولكنكم مع ذلك لا يجوز من بعض تطبيقات

يمكن تقسيمها من فكرة التحول . ويقتصر هذا على الإشارة إلى بعض هذه التطبيقات :

(١) إذا عقد العاقدان براء عقد معين ، وقد يصح . حرر في بعض الحالات أن يحول العقد المقسم إلى عقد آخر من دون أن يشترط في عقد الدالة براءة الأصل ، فتحول الكفالة إلى حوالة . ومن ذلك أنه أن يشترط في عقد آخر أنه عدم براءة المحل ، فتحول الحوالة إلى كفالة .

(٢) إذا اطلعت المصانة على شرط بفسادها ، تحولت إلى عقد آخر . فهو شرط كل الرج بضرر ، كان لعقد فساد . وشرط كل الرج برب المال ، كان لعقد فساد . وشرط فساد من الرج لرب المال أو عمل المصير ، دون أن يكون قد اشاعا في الرج . كان المصير آخر أفي المال وأمين عليه ، فستنقح آخر مله . رج أو رجح . ولا تستحق تسعي عسا نسمة بفساد العقد . (راجع أيضا في المراجعة الأساسية لسنة ٧١٨ من مرشد أخوان) .

(٣) إذا اشترى النصولي لغيره ، وقد يصف العقد إلى من اشترى به . تحول لعقد شراء مقصود نفسه . وقد وجد العقد هذا على نفسه . وهذا في المذهب الحنفي . أما في مذهب مالك فشره النصولي لا تحول . بل يعتقد صحاحا موقوفا على رجاءه من شترى مقصود له . فإن امتنع هذا عن رجاءه الشراء . تحول لعقد شراء مقصود نفسه . لا أن يكون مقصود أشهد عند الشراء أنه إنما يشترى لغيره بعد من الرجح ، أو صدق الرجح مقصود فيما ادعاه من ذلك (١) .

(٤) جاء في الأشباه والنسب في تيسير (ص ١١١ - ص ١١٣ ، ١١٤) وفي البيع للبائع قبل قبضه بثمن الأول ، فهو قالة تلفظ ببيع . ثم رأيت

١ وهذا المل درس من التحول ومن له يمكن بعد ذلك معناه الحديث .
فإن عقد لاراء شراء لم يغير وصفه . وإنما يغير القاعد . وهذا يقتضي حمله
بحول تغير العقد قرب إلى استصحاب منه في التحول

في أوسع معانيه سبب إفساد العقد، وإلزاما وشهرا، وإقرارا أن العقد شرط
دافع ويسمى بالشرط التماسد، ونحو ذلك مما سبق لنا تفصيله

ولا يوجد في الفقه العرفي ما يقابل ذلك، ومن ثم سببت قوة العقد حرمه
وهو من إضعاف، على أن الصناعة في الفقه الحنفي كان لها أثر بعيد في إضعاف
التمسك بالقوة العقدية، ويبادر إلى استبعاد الإكراه من بين أسباب
إفساد العقد، فقد سأل الأولي الأخر: أي من وجوه بيع لمكره موقوف،
سبق أن رجحناه، أي قبل عن إفساد العقد، أي إفساد الصناعة العقدية نفسها.
كذلك استبعد من سبب إخلال، سبب إفساد العقد، وإن استمر
كما سبق لعوال.

ومن أسباب إفساد العقد، هي ثلاثة: حرر والو والشرط
التماسد.

وهذا ما رأينا في سبب إفساد العقد من أسباب إفساد
العقد، (١) عن طريق سبب إفساد العقد، (٢) وجعل العقد
مفسداً بغير آثار إفساده، وهو إفساده لغيره، وبصحيح العقدية
التماسد، (٣) إفساد العقد بغير إفساد العقد، عن إفساد الإخلال.
وهذه الصناعة العامة، كما قد مر، تتجلى من الأسباب الكثيرة
في إضعاف من قوة العقد، وبما أن العقد العرفي ليس في حاحه إلى العقد
بمبدأ إفساد من في قوة العقد، فإنه ينبغي فيها الأسباب الكثيرة
التي تضعف من هذه القوة، كما هو الحال في العقد والشرط وصيق من اتفاق
لغيره، أي حاكم، إلا أن فكرة العقد، سبقت فكره رتبة في إفساده
عقبة لمن كيف يخون العقد، فإنه في مراحل التصور عن طريق
الصناعة الفنية.

من ثم نكتب في إطار نظري ثلاثة التي سارت فيها صناعة الفقه الحنفي.

ابتراع فكرة العقد القاسم فاتها :

رأى أن العقد الحقى انصر - بفكرة العقد - قاسم . ويستلزم المخرج الى اسند إليها في نمية . من عقد كالمص والعقد القاسم . ولحقه . لى استندت إليها المذهب الأخرى في عدم لأحد منهما نمية .

وكسا وراء هذا أن بين فكرة جوهرية . ريث أن العقد حقى أن . في واقع من الأمر أن لا حمة من الأسباب على أن تكون أسبابا مغلانا العقد فهو تبعية . لأصل ووصف . جمع بين الموصف أو الموصوف . والشرط قاسم . وغيرها عن أصل العقد . وجمع بينهما . حكم الأركان والشرائط . فبذلك ريث من ماعده خلا في العقد . جعل أى حرفة صيب . العقد مغلانا . وبين ماعده وصفا . أنه مريلة أمين شاذ من مريلة لأصل . وبذلك أسعف الأثر الذى يترتب على نفي الرأى أو الشرط القاسم تحت ستار العقد المسمى . فبهه أسس لا يعتبر كالأصل أسبابا ثابته . بل هى أسباب متغيرة . بطورت فعلا . وحدثت في سبيلها إلى التطور . وكان من الممكن فصل فكرة العقد القاسم أن وصى سيجها في التفسير .

فبذلك مريلة من . لأن من مريلة العقد القاسم . صفة . كل انحراف عن مريلة العقد كالمص هو في أنه كس كبير في تصدعه السميعة . وقد كانت هذه المريلة لا تحتاج إلا إلى عقد بين حد مأورده . فلا يلقى أهم في دوما عمل من العمل على الخفاء في ذلك أى فقه . ولا يستبعد علم حد أن تؤدى مهمتها لا يدل إلا على حذر هذه المهمة .

وهو تدفع المباحث الأخرى لفقه الحقى في نمية العقد القاسم عن العقد البطل . من خلطت من أنه غير واضح التفرير والربا أو الشرط كما أسبابا بالسلطان العقد . ولا يتم في مغلانا عقد بشرط محمول وعقده اقترن بشرط بافع لأحد العقدين .

عن ابن عباس قال: هذا الماسكي هو أيضا لا يميز بين العقد الماثل
والعقد الفاسد. يقول إنه يميز في البيع بين المأخوذ والمكروه.
فالمحرم إذا فسد مضمون القيمة. أما المكروه فإذا فسد انقلب صحيحا. وبما
ثبت صحيحا باعض أيضا لحنه الكراهة فيه (بداية المجتهد ٢ ص ١٦١).
فيكون المذهب الماسكي بعد أن حلت بين العقد باطل والعقد الفاسد، يرجع
إلى هذا التمييز في صورة أخرى، تحت اسم لبيع المحرم والبيع المكروه.
وهذا التمييز يسمح بتجفيف من بعض أسباب الفسد كالعرو والشروط الفاسدة،
ولعلنا نرى أثره في المذهب الماسكي يميز بين العقد المحرم والعقد
بأسباب البطلان، لخلص لنا في المذهب الماسكي يميز بين العقد المحرم والعقد
المكروه يتوب عن التمييز الذي يقول به الفقه الحنفي بين العقد الماثل
والعقد الفاسد.

محمية العاقد نفسه في العقد الفاسد وتصحيح العقد بانهالة الفسد

بالرغم من أن العقد الفاسد في المذهب الحنفي لا يفتح في الأصل أثرا،
وبالرغم من أن وجوده كتصرف شرعي وجود على حظر الروايل إذ هو
مستحق الفسخ، وبالرغم من أن المالك الذي يفده باقضى هو ملك مستحق
الفسخ ومضمون القيمة لا بالمسمى ولا يبعد إلا إغلاق التصرف دون الانتفاع
عين المملوك، بالرغم من ذلك كله يقوم العقد الفاسد بدور هام في حماية لغير وفي
حماية العاقد نفسه. فهم بعيد عن أن يكون عقداً باطلاً لا أثر له، والمشتري الذي
يشوب سند ملكيته عرر أو ربا أو شرط فاسد ليس كالمشتري الذي يشوب
سند ملكيته عيب في أصل العقد كأن يكون محل العقد غير مال أو مالا غير
متمقوم أو أن يكون العاقد فاقدا للتمييز. هذه الأسباب الأخيرة ترجع إلى أصل
العقد وهي أخطر بكثير من الأسباب التي ترجع إلى وصف العقد من غرر
أو ربا أو شرط فاسد.

فإن العقد الناسد يحكمي لغيره . وقد رأينا أن المشتري يعقد فاسدا إذا
 تصرف في ثمن المشتراة بعد قبضها . كان الغير الذي تصرف له المشتري إنما
 أن سترد العين من يده . وفي هذه الحالة كبر الغير . لاسيما عندما لا تكون
 هذه وسائل بل شهر بنية لغير الذي عامل المشتري يعقد فاسدا إلى فساد عقده
 على كثرة أسباب الفساد ونوعاتها . وقد فتحت أعينكم للمعقبات . لنحصر
 هذا العرض . أفترض ملكية تنقل إلى المشتري يعقد فاسدا . وأنكم ملكية
 لا يبيع المشتري أن يتنفع بغير المبيع من هي ملكية العرض منها صحاح
 تصرف الذي يصدر من المشتري إلى الغير . فبعض إلى المشتري من المشتري
 ملكية صحيحة مع اشتراك الغير من تحت يده . وذلك ينص هذه الملكية
 والحنه . التي أفلت من ألتاع إلى المشتري يعقد فاسدا .

وقلنا إن العقد الناسد يحكمي لعاقده نفسه . وقد رأينا أنه يحكمي المشتري
 إذا أراد المبيع في يده بعد قبضه . لأنه غير مولود من المبيع . حكمه مصله .
 فيمتنع على الزانع حق المبيع . كذلك يحكمي العقد الناسد المشتري إذا غير من
 صورة المبيع تغييراً يخرج عن صورته الأولى . في هاتين حالتين سمى
 ملكية المشتري ونصح ملكية أنه غير مبددة بالمبيع . ولو أنها انتقلت
 إليه يعقد فاسدا .

والعقد الناسد يرد عيدين عن أن يكون كالعقد الناص هو عند بيع
 حماية صافية لا على الغير حسب أيضا على العاقد نفسه . هذا إلى أن
 العقد الناسد يمارى لعقد الباطل في غير جوهرية آخر . فله إذا أن منه
 المفسد . نقل صحاح وأنته . لا كواقعة مبددة . من كيتصرف شيء .

تباركه في العقد الناص في شأنه العقد الناص

على أن هذه القوة التي جعلت يعقد الناص غير وحمية . هو
 نفسه . لا خلا . صحيح . ينة . لاعتل لا أحد في لفته حتى .
 إلى . كذا في هذه القوة وليست .

فبعد ذلك العهد المتأخر عن العهد "الحديثي" أكبر ما يقرر على ما أنه
أن المشتري بعقد فاسد بعد "قبض" لا يملك التصرف في العين حسب ما هو
ملك أيضا العين نفسها كما يملك التصرف في ماله. وإن كان لا يمكن له الاستماع
عن المشتري بعد ذلك زمان حتى أن الاستماع به يعرض عن فساد
وهو واجب في ذلك لا ينافي مع المشتري بعد تصرف بسيط
ذلك فالحق في العقد الصحيح تصرف هو أيضا بسيط التامع وهو في هذا
يقول الزيلعي (جزء ٤ ص ٦٢) : "وإن كان لا تصرفات من أوصاه
والأصل أن الاشياء موصوفة بحدودها عندهم وهو واجب عام..
ومما ذكره محمد رحمه الله من البسيط لا يدل على أنه لا يملكه المشتري
تصرف في هذه البسيط التامع حسب ملكه وهو يوجب تحريم في
الحجر ١ جزء ٦ ص ٩٢ ص ٩٣ كما أن ما في عقد فاسد ثم ان
ذلك. وهو بدأ اعتق بعد انقضاء شراؤه عقد فاسد بعد فسخ عقده وكان
اولا به. ولو انعه كان ثمن له. وهو عت دار محوره للدار التي اشترها
عقد فاسد فاشتمعه به. ولو أعين بعد انقضاء عقد فاسد معتق. ولو سرقه
لتامع من المشتري بعد فسخه فسخ. ثم كلفا ثمرات ذلك. وإنما ما استدلل به
من عدم حق أكل المبيع لو كان حراما. وعده حينئذ لو كان قبضه. وعده
وحوب الشفعة في بيع المفسد فلا يفسد. لأن عدم الخل لا يدل على
عدم الملك. بل هو في ربح ماله ضمن ثمنه ولا يخل ولا يجب إعادته إذا
ملكها لا يمكن له وضؤها. وإنما يجب إعادته لأن حق التامع لا يمتنع عنها
وهي إنما يجب اقتضاح حقه لا ملكه المشتري.

ويبدو أن هذه اعتبار الآخر. وفي هذا العقد فاسد بعد القبض
ويقره من لعقد الصحيح من حيث يفسد ذلك. وهو من المفسد
ملكها كاملا متقنه. سائب وكذا جعل هذا المفسد. وأنه مكافئ
في حقه حرمه أو كراهته في المفسد. ومن عند سائب. وهو يحفظ
من أسباب الفساد عن طريق الانتقاص من ثمنه. وعده عند فسخه

من العقد لفسده ولعقد صحيح الفهم فكلامهما نافي يفيد الملأ الكامل، وعن طريق جعل العقد للناس أقرب إلى عدم المأروء منه إلى العقد الراضع، واعتبار أن أسباب الفساد هي أسباب دنية بوجأ الكراهة ولكنها لا بوجأ لفساد.

وأهمية هذا التبرأ لأحرأه يعأ ما يعأر العقد في الفقه للإسلامي من أسباب فساد معددة، يصع فيوأ حضرة عن حرية التعاقد، فيسير الفقه، عن طرق صناعه محكمة، في حين التطور، ويتصحأ أثرأ لتوطيد مبدأ سلطان الإرادة.

٣٥ - العقد الموقوف

العقد الموقوف بمقابل الفقه المقابل لموقوف.

وأبأ أن العقد الموقوف في الفقه الإسلامي يقابل العقد لقاس للإبطال في الفقه العربي، فكلامهما يواجه نفس الحالات : أولأية على التصرف والولاية عن المحأ، أي عقد ناقص الأهلية والتصرف في ملك الغير، أما عيوب الإرادة فيواجههم، في الفقه العربي العقد المقابل للإبطال أيضا، ولكن العقد غير اللازم في الفقه الإسلامي هو الأقرب إلى مواجهتها، ومن ثم نرجأ بحثها إلى حين الكلام في العقد غير اللازم.

فعقد ناقص الأهلية موقوف في الفقه الإسلامي ونفس للإبطال في الفقه العربي.

وبيع الفضولأ أو بيع ملك الغير موقوف في الفقه الإسلامي وقابل للإبطال في الفقه العربي.

مقارنة العقد الموقوف بالعقد المقابل للارطال - رحمه الله

الموقوف :

واعقد الموقوف هو صورة عكسه من عقد على الارطال .

فالعقد الموقوف هو أصل حتى بعد الارطال .

أما لعقد القابل للارطال فهو ذاته حتى بعد الارطال .

وواقع من الأمر أن لعقد على الارطال معنى اثنان واضح

يصور فيه أحد الأمرين (١) إما أن يجعل رطلًا حتى يصرح ، وهذا ما أحياه

عقده الإسلامي . (٢) إما أن تجعل رطلًا حتى يصرح ، وهذا ما أحياه

الفقه العربي .

ولم يخصصه من أحكام حتى أن يصرح في حالات أي يكون فهم لعقد

موقوف في الفقه الإسلامي ، أما هذا الرطل في الفقه العربي

أولى هذه الحالات هي عقد من لأهله إذا تصرف صبي يميز في

داره ، كما له ، لبيع قبل الكمال أن ينفق عليه حتى يحرره أو حتى يخرجه

هو عقد نوعه من الرشد كما هو الأمر في الفقه الإسلامي أم الأول أن

عقده حتى طالب وليه أو يصاب به عقد نوعه من الرشد إذا طاله كما هو

الأمر في الفقه العربي ؟ واضح أن الأول والصبي غير كامل نعمة ومصلحة

انصرح المحتمل خوفه من التصرف بغير راحة أن ينفق عقده حتى

يسين وليه بجمع هذا العقد . أو حتى ينفق هو رطل عقد نوعه من الرشد

فالفقه الإسلامي في صناعته هذا أرق من الفقه العربي .

وثانية هذه الحالات هي تصرف الشخص في ماله غيره . فإذا تصرف

الفصول في ملك غيره . فمن الأول إعمال التصرف حتى يجر كما يفعل الفقه

الإسلامي . أو معاده حتى يصرح كما يفعل الفقه العربي ؟ واضح ها أيضا -

والفصول تصرف في مال لا ولاية له عليه أن الأول هو وقت التصرف

حتى يحل . والفقه الإسلامى ها أيضا أرقى فى صناعته من الفقه العربى
وسرى فى عيوب الإرادة كذلك — وهى التى يجعل لفقه العربى العقد
فيها قابلا للإبطال . أن الأولى بهذا الفقه أن يستعير من الفقه الإسلامى
فكرة العقد الموقوف . فيجعل لعقد المشوب بالغلط أو التدليس أو الإكراه
موقوفا لا قابلا للإبطال .

وهذا سبب آخر لاحتياج العقد الموقوف على لعقد القابل للإبطال .
فى بيع مئة العير أو نصف القصير رأينا أن الفقه العربى يجعل لعقد نورا حتى
ينظر . ولما كان جعل العقد نورا فى حق المالك الذى لم يشر فيه غير معصوب ،
بذلك اضطر لفقه العربى أن يستعير فكرة أخرى صمم إلى فكرة لعقد
القابل للإبطال . جعل العقد . إلى جانب كونه قابلا للإبطال ، غير ناور فى
حق المالك الحقيقى . فلهذا فى فكرة أوقف فى حق المالك . أما الفقه الإسلامى
فمنه العقد موقوف . فهو موقوف فى حق البائع وفى حق المشتري وفى حق المالك
جميعا . فليكن فى حاجة إلى فكرة عدم المردان ، الى احتياج إليه الفقه لم فى لما
جعل لعقد نورا . وبذلك يرجح العقد الموقوف العقد القابل للإبطال ،
شموله وإستيعانه بدنه عن أى شيء آخر . فإذا ما عقد الموقوفى فى العقد
الإسلامى موقوف . فلهذا كل شيء . أما إذا قد بيع مئة العير فى الفقه
العربى عقد قابل للإبطال . وجب أن نقول إلى جانب ذلك به أنه سبب
غير سار فى حق المالك الحقيقى . فهو عقد قابل للإبطال فى حق المشتري وحده .
ومشتري هو الذى يملك بإبطال العقد . لأن البطلان يقرر لمصلحته هو . ولا
يملك البائع ذلك . ولما كان المشتري يملك إبطاله . فإنه يملك أيضا إجرائه .
وسواء أبطله أو أحياه . فإنه لا فرق فى حق المالك الحقيقى . لا إذا أجره هـا
لمالك . فإذا ما أجره . فقد سرى فى حقه وصح فى حق المشتري فى وقت
واحد . وفى هذا حروح على لصناعته القانونية . فإن انعقد فى العقد القابل
للإبطال أن الذى ينظر أو يجيز هو وحده لعاقبة الذى يقرر البطلان لمصلحته .

وهما يملك غير العرف - المالك - إيجاب العقد في حق المشتري منه ومن ثم كان حكم بيع من غير - ولا يزال - مشكلة تحير الباحثين في الفقه العربي . ولو استعار هذا الفقه من الفقه الإسلامي فكرة العقد الموقوف وواجه بها مع من العرف ، لأفاد كثير من فيكون العقد موقوف . لا في حق المشتري وحده ولا في حق المانع وحده ، بل أنصاف في حق مالك . ولكانت حماية العقد تقتصر على مالك . فلا يملك المشتري إيجابه . وبما أن هذه أحكام أكثر ملاءمة لحالة العقد . وهي أحكام تسميها علماء العقد الموقوف ولا تستمد من علماء العقد من غيرهم .

أين وقف ظهور العقد الموقوف وكيف بنفسه أنه يستكمل نظوره .

على أن العقد الموقوف ، على أن إيجابه فيه في مواضع ثلاثة كل يعني أن يستكمل نظوره .

أولاً . يعني العقد موقوفاً في بيع مضمون ، يملك المالك لأجله ولا يملك إيجابه أو غير محرم من شأنه أن يبين أمر بوقف العقد . ويخرج المضمون من عرفه مضموناً غير محدث . وقد عرفت الفقه الحنفية من أجل ذلك من المضمون والمشتري الحق في دفع العقد فحلصرت المخرج من هذه الحالة غير المستقرة . ولكن هذا العلاج اقتضى لأنه ينبغي أن يفسح العقد ، أما إذا أريد بقاء العقد فليس هناك من سبق للعاقدين إلا أنه من انتظار لإجازه المالك . وليس لهذه الإجازة وقت معلوم . وعنوان تطور الفقه الإسلامي في هذه المسألة هو ما ذهب إليه . فقد رأينا أن النصون في هذا المذهب إذا ما كان يحضرة المالك ، وسكت هو . اعتبر سكتته إجازة . وإن كان غير حصري فسكتته من وقت عهده . اعتبر سكوته إجازة .

بأنه لصناعة الغنمية عند تحديد شروط الإجازة .
 فقد رأينا أنه يجب لصحة الإجازة قيام الأطراف الثلاثة وقيام المبيع وقت
 صدور التصرف ووقت صدور الإجازة، ذلك أن الإجازة في لعقده الإسلامي
 من حكم الاستثناء من وجه ومن ثم وجب توافر الشرط وقت صدور التصرف
 وهو الوقت الذي تستند إليه الإجازة . ولما حكم الإفتاء من وجوب
 وجوب أيضا توافر الشرط وقت صدورهما في هذا الوقت بدأ وجوبه
 ولكن هذه المادة التي هي المحضة بغير صفة . فهي لا تسمى بإجازة لعقد
 ومات أحد الأطراف الثلاثة وحل ورثته عنه . ولا تسمى بإجازة لعقد
 هلاك أحد الأطراف الثلاثة إن إجازة لعقد بعد موت أحد الأطراف
 الثلاثة أو بعد هلاك أحد الأطراف . ففقط الصناعة الغنمية دون ذلك من غير
 وكل الآلة إلى أن تعمل الإجازة حكم الاستثناء دون حكم الإفتاء . فممكن
 بشرط قيام الأطراف الثلاثة وقيام المحل وقت صدور التصرف دون وجوب
 صدور الإجازة .

ثالثا : علم على لعقده الإسلامي في هذا الموضوع قاعدة تلخصها فيما أثر
 وصح . وهي نقص ملك المالك إذا طرأ على الملك الموقوف أبطله
 وقد رأينا طبقات هذه القاعدة الصناعية المحضة بصيقها العمل . وكان
 الأولى ألا تتحرك الصناعة إلا بالقدر الذي يستجيب للحاجات الغنمية . فقد رأينا
 أن الفصول إذا أصبح مالكها لم يبيع بعد صدور البيع منه . فإن يبعه يطل .
 ولا يستطيع بعد أن أصبح مالكاً أن يطل الملك المشتري بإجازة لعقد الذي
 صدر منه . ولا يستطيع ذلك إلا بعقد متدا . ذلك أن ملك الفصول قد أصبح
 من بصيرورته مالكاً لم يبيع بعد صدور البيع منه . وقد طرأ على ملك المشتري
 منه وهو ملك موقوف . والملك البات إذا طرأ على الملك الموقوف أبطله
 كما تقتضي بذلك القاعدة السالفة الذكر . والمذهب المالكي هنا أيضا هو الذي
 سار في التطور خطوات أبعد . فيه . كما رأينا . إذا ملك الفصول المبيع بسبب
 غير الميراث صح البيع الصادر منه المشتري ولا يجوز له نقضه . ولكن الفقه

المالكي لا زال قاصر فيما إذا انصت المثلث للقضوى بالميراث ، في هذه الحالة ينتقل الى القصولى ما كان لمورثه فصيح له أن ينقص السبع الصادر منه قبل انفس المثلث الى الميراث ، وكان لأولى أن ينقصه من سبعة عشر مائتم من جهة فسعيه مردود عليه .

كذلك إذا باع المشتري من القصولى الميسع لثلاثة عشر مائتم ، فإن كان الأول صادر من القصولى بعد هذا السبع الأول ، فإن السبع لائق بدين أن ملك المشتري الأول أصبح له بالإجارة ، وقد صار على ملك المشتري لائق بالموقوف فمئة . وكان الأول أن حال من إحداه السبع لأول يسد إلى وقت صدور هذا السبع ، فكون ملك لمشتري لأول من هذا الوقت . فلا ينتقل ملك لموقوف لأنه لم يملكه من جهة . وقد يدعى المشتري الأول بتفصيل إصدار الإجارة كما سيعمل عليه بقوم أن صدر منه أربع مائتم .

٤ - العقد فير اللازم

عموم الداراة وكيف عرفت في الفقهاء - مواجهاها بالعقد غير

المزوم في الفقه الإسلامي وبالعقد يقال المطبق في الفقه العربي . فسمما أن لفقه العرب يدعى عيوب لا بد منه كقول القلط : " ليس وإيكواه والاسحلال - علاجاً واحداً ، ويصعب فيه في صعيد واحد . وأن هذه العيوب مشتملة متناثرة في الفقه الإسلامي بدونه أربعة عشر منه فله رتبة لها مع الأساس الذي تقوم عليه هذه العيوب .

في فقه الإسلامي لا بد من طريقة معينة في ترتيب ترتيب العقد في جهة من جهات ، فذهب إلى وصف وحيداً في جهة وحيداً لعيب وحيداً للعقد ، وقد سطا ذلك في آخره من من مصادر الحق في فقه الإسلام . وقد سطا ذلك في آخره من من مصادر الحق في

يسمى بخيار التدليس ، وتجزئه للاستقلال فيما يسمى بخيار العين . أما الإكراه
فمنه نظرية كاملة ، ولكن المذاهب الفقهية اختلفت في ترتيب الإكراه عليه كما
سبق القول .

أما الفقه العربي فيواجه هذه العيوب جميعاً بمرأه واحد كما قدمنا ، فيجعل
العقد المشوب بخلط أو تدليس أو إكراه عقداً قابلاً للإبطال لمصلحة العاقد
أبداً سواء كان له عيب .

ونعني لمذهب المالكي هو أقرب لمذهب ابن المقفع العربي في وجوب
إكراه أبداً بغيره على عيوب الإرادة فيها جميعاً بكون العقد غير لازم ،
وهو حار للخلط أو تدليس أو عين أو إكراه ، والعقد غير لازم لها هو
يسمى من العقد القابل للإبطال بغيره في الإرادة في المقفه العربي .

وقد رأينا أن أبداً بغيره في المقفه الإسلامي لعقد القابل للإبطال في
سعة العربي فيما يتعلق بالإكراه على التصرف ولو لولاية على النفس ، ليس هو
العقد الموقوف فكون "عقد القابل للإبطال في المقفه العربي بغيره في المقفه
الإسلامي العقد الموقوف من ناحية والعقد غير لازم من ناحية أخرى .

وفي رأينا أن العقد الموقوف أكثر ملاءمة لمواجهة عيوب الإرادة من
العقد القابل للإبطال ، كما أسما "قول ، فيعتقد أبداً بغيره بخلط أو تدليس
أو إكراه ، وقصد على بغيره بغيره أو مصلحة أو غير محرم ، أو أن
يؤتمن حتى ينجح من أن يضره حتى يتحكم به ظاله .

وهو أن المقفه الإسلامي في بغيره في بغيره ، ونعتقد شيئاً من بغيره
الموصوعية . فكل عيوب الإرادة محل الاتفاق بها ، وجميعها كلها في مكان
واحد كما فعل النسخة العربي ، شكل به وهو يجمعها أن بغيره هي أيضاً ، العقد
بغيره ، فهو أكثر ملاءمة من العقد غير لازم من العقد القابل للإبطال .
وقد كان هذا فعلاً رأي ، فيما يتعلق بالإكراه . فعنده أن يقع مسكره
موقوف كما سبق القول

نظام العقد غير الملزم ما يقابل في الفقه العربي :

ولا يسع حسب نطاق العقد غير الملزم في الفقه الإسلامي لعيوب الإرادة ، بل هو يقابل أيضا في الفقه العربي نظاما آخرى متعددة ، منها :

(١) العقود غير الملزمة في الفقه العربي ، كأوكالة والشركة والوديعة والغارية .

(٢) نظرية مسح العقد وإفاحه في الفقه العربي على أن نظرية مسح العقد في الفقه الإسلامي ليست نظرية شاملة ، ولا بتقرر المسح كأصل عام كما بتقرر في الفقه العربي في العقود الملزمة للجائين .

(٣) الشرط أو ائاف في الفقه العربي ويتمثل في خيار الشرط في الفقه الإسلامي . والشرط العاسح في الفقه العربي ويتمثل في خيار العيب قبل القبض في الفقه الإسلامي .

(٤) نظم أخرى متفرقة في الفقه العربي ، فبيع النخرة وبيع المداوي مقابلان خيار الشرط من وجه ، والائاف التخيري يقابل خيار التعيين .

الخيارات الأربعة :

وإذا اقتصرنا في العقد غير الملزم على الخيارات الأربعة المعروفة ، خيار الشرط وخيار التعيين وخيار الرؤية وخيار العيب ، وحدنا الصناعة في الفقه الإسلامي قد وصلت إلى حد جيد من الرقي .

وحتى ندرج روعة هذه الصناعة ، نصع إلى جانب الخيارات الأربعة العقد الموقوف ، وبالعقد مقارنة بين الوفاء وخيار الشرط وخيار التعيين وخيار الرؤية وخيار العيب ، الملحظ التدرج المحكم من الواحي الآتية : (١) نداد لعقد (٢) كيفة الرجوع في العقد (٣) إسقاط الخيار (٤) انتقال الخيار بالميراث . فهذه الواحي الأربع متصلة بعضها بعض أوثق الاتصال ، وتجيى فيها جميعا صناعة متسقة منسجمة .

والعقد الموقوف معقد في حق الموقوف ، ولكن يمنع من ففاده عدم تمام
 لعله ، وذلك في أن للعقد الإجارة . ولما كان العقد الموقوف غير تام العلة
 فالصفقة إذن لم تتم فلا يحتاج بقضه إلى ترارض أو نقاص . وبكفي في نقضه
 محض إرادته من له حق النقص وهي إرادة المنعقدة . ويقارن العقد الموقوف
 العقد المقرر بحجر . فلا يثبت فيه إسقاط الخيار ولا انتقائه بالميراث . بل إياه
 إذا مات من له حق إجارة لعقد الموقوف قبل الإجارة بطل العقد .

والعقد المقرر بحجر شرط يثبت على العقد الموقوف بأن العلة فيه قد
 تمت ، ولكنه غير معقد في حق الحكم . وخيار الشرط أقرب إلى أن يكون
 شرطاً واقعياً في معنى للعقد العربي . ولما كان العقد المقرر بحجر الشرط غير
 معقد في حق الحكم ، فإن الصفقة لم تتم . فلا يحتاج صاحب الشرط في نقضه
 إلى ترارض أو نقاص ، بل يكفي إرادته المنعقدة . ولما كان خيار الشرط من
 حق العبد ، فإنه يجوز إسقاطه وصداً بصريح الإسقاط . ولا ينتقل خيار الشرط
 بالميراث ، لأنه متصل بالمتبني لا بالمتبني . وإذا مات صاحبه لم يرم العقد . وه
 بطل كما رأينا في عقد الموقوف .

والعقد المقرر بحجر المتبني في الوقت ذاته على خيار الشرط ، كما
 رأينا ، فإذا جردنا من خيار الشرط واحصرنا على خيار التعيين ، رأينا العقد
 موقوف الحكم . بل هو غير صحيح ، فهو يفيد ملك في أحد الأشياء غير عين ،
 فلا ينتقل الملك في عين المتبني إلا بعد التعيين . ويتم التعيين بالإرادة المنعقدة
 لمن له حق التعيين ، المستر في الواقع . ومن جهة أخرى ترارض أو نقاص . ولا يتصور
 فيه إسقاط الخيار ، لأن من له الخيار يجب عليه التعيين . وإن كان يستطيع
 إسقاط خيار الشرط المتبني في خيار التعيين . وينتقل خيار التعيين بالميراث ،
 لأنه متصل بالعين أكثر من اتصاله بالشيء .

وخيار التوفيق يقارن خيار الشرط وخيار التعيين في أنه لا يمنع من
 الانعقاد في حق الحكم . ولكنه يمنع تمام الحكم حتى بعد القبض . فالصفقة

إذن لم يتم ، فيستطيع من له الخيار نقص العقد بإرادته المستعردة دون حاجة إلى تراض أو نقاض . ولما كان خيار الرؤية من حق الشرع لا من حق العبد ، فلا يجوز إسقاطه قصداً بصريح الإسقاط ، وإنما يسقط ضمناً بحاجة العبد . ولا ينتقل خيار الرؤية بالمراث ، لأنه مصل بالمشيئة لا بالعين ، فإذا مات من له الخيار لزمت العقد .

وحيز العيب لا يجمع تمام الحكم كما يمنع خيار الرؤية فيما قدمنا ، ولكنه يجمع لزوم الحكم قبل القبض . فالصفقة إذن لم تتم قبل القبض ، وبمقتضى القبض ، فيستطيع من له الخيار ، قبل القبض ، نقص العقد بإرادته المستعردة دون حاجة إلى تراض أو نقاض . أما بعد القبض ، وقد تمت الصفقة فلا يستطيع من له الخيار إلا التصحيع للعقد ، ولا التمسح من التراضي والتقصص . ولم يكن خيار العيب من حق العبد لا من حق الشارع ، فإنه يجوز إسقاطه مقصوداً بصريح الإسقاط . وينتقل خيار عيب بالمراث ، لأنه مصل بالعين أكثر من اتصاله بالمشيئة .

وروعة الصاعقة لعقبة هنا تنجي في هذا الموضع المحكم ، وفي رد الأحكام إلى أصول مطلقة ناتجة ، على الوجه الآتي :

أولاً - من حيث عقد العقد . نرى الوفاء يجمع من تمام لعنة . ومن كل من حار الشرط وحذر التعبد من امتناع الحكم ، ويمنع خيار الرؤية من تمام الحكم ، ويمنع خيار عيب من لزوم الحكم قبل القبض . وبمقتضى القبض .

ثانياً - من حيث كونه الرجوع في العقد . يرى العقد أنه فوف به من قبل ، بل من جهة الإجارة . لأن لعنة فيه تم . ثم الخيارات لأربعة ، فإمام فيه الصفقة تكفي في نفسه الإرادة المستعردة لصاحب الخيار ، وما تمت فيه الصفقة لا بد في فسحة من التراضي أو التقصص ، ولا يحتاج في فسحة إلى التراضي أو التقاضي ، لا لعقد أصلي فيه خيار لعيب بعد القبض . أما في خيار العيب

قيل القصد وفي كل من خيار الرؤية وخيار الشرط ، فإنه يكفي في نقص العقد إرادة صاحب الخيار . وإذا لم تنقضي العقد أو يفسح ، أصبح لازماً ، تمام العلة مرد صدور العقد ، وتمام الحكم والصفة بعدم النقص أو الفسخ .

ثالث — من حيث الإسقاط الصريح : في هذا غير الفقه الإسلامي بين حق العبد وحق الشرع . خيار الرؤية وحده من حق الشرع ، فلا يجوز إسقاطه مقصوداً بصريح الإسقاط . أما الخيارات الأخرى من حق العبد ، فيجوز فيها هذا الإسقاط المقصود .

رابعاً — من حيث الاتصال بالميراث . ما يتصل من الخيارات بالعين أكره من اتصاله بالمشقة يورث مع العين ، فيورث خيار التعيين وخيار العيب . وما يتصل بالمشقة أكثر من اتصاله بالعين لا يورث لأن المشقة لا تنتقل من المورث إلى الوارث ، فلا يورث خيار الشرط ولا خيار الرؤية .

• لعل الفقه اعترف في هذه المسائل لم يصل إلى هذا الحد من الدقة والاحكام . ويعترف الفقه العرفي الشرط الواقف والشرط الفاسخ ، ولا يعرف بينهما مرتبة وسطى . أما الفقه الإسلامي فيعرف هذه المرتبة الوسطى ، خيار الرؤية عنده مرتبة وسطى بين خيار الشرط وخيار العيب . ذلك أن خيار الشرط كالشرع يوافق بجمع انعقاد الحكم ، وخيار العيب كالشرط الفاسخ يجمع برفع الحكم . أما خيار الرؤية فلا يجمع انعقاد الحكم فهو فوق الشرط واقف ، وجمع عدم حكمه فهو دون الشرط الفاسخ . ومن ثم كان مرتبة وسطى بين الشرط الواقف والشرط الفاسخ .

• كما أن العقد الذي فيه خيار الرؤية هو فوق العقد المقترن بخيار الشرط (أو بالشرع الواقف) ، فإن العقد الموقوف هو دون العقد المقترن بهذا الشرع . ذلك أن الوقف يجمع تمام العلة ، أما الشرط فلا يمنع تمامها ولكن يجمع انعقاد الحكم . فهناك إذن ، في الفقه الإسلامي ، مرتبتان إلى جانب المرتبة لشرط الواقف والشرط الفاسخ : العقد الموقوف وهو دون الشرط

الواقف ، والعقد الذي فيه خيار الرؤية وهو فوق الشرط الواقف ودون الشرط الفاسح . وليس لهذا التدرج بطير في الفقه العربي .

المبحث الثالث

أين ارتقت نظرية البطلان في الفقه الإسلامي وأين وقفت

وكيف أحد الفقهين المذاهب العراقي والفقه الإسلامي في نظرية البطلان

١٥ - أين ارتقت نظرية البطلان في الفقه الإسلامي وأين وقفت

أين ارتقت نظرية البطلان في الفقه الإسلامي :

يستطيع الآن أن نرى أين ارتقت نظرية البطلان في الفقه الإسلامي : فهي قد ارتقت في هذا الدرجه بحكم في مراتب البطلان ، فمن عقد باطل إلى عقد فاسد ، إلى عقد موقوف إلى عقد نافذ إلى عقد لازم .

وارتقت في ابتداء فكره لعقد الفاسد .

وارتقت في صوره ها ، أي للعقد الموقوف ، فهو أرق في الصاعه كما رأينا من العقد الفاسد بالإبطال في الفقه العربي .

وارتقت في درجتها الدقيقة في اختيارات ، من مع البطلان الحكم ، من مع تمامه ، من مع بطلانه ، وهي في ذلك بدرج كل حالة لنوع الذي يلائمها : فإما بطلان في النوع ، أو بطلان في الماهية منفرده ، أو بطلان في النوع بالتراضي أو بالتقاضي ، وبطلان في الإلزام مقصودا وبطلان في الإلزام ، وبطلان في النقل ، وبطلان في الميراث وبطلان في الإلزام .

أين وقفت نظرية البطلان في الفقه الإسلامي :

وقفت نظرية البطلان ، كما أينا ، في عموم الإلزام ، فلم يجمعها كلها في صعيد واحد حتى يجعلها حكما واحدا . وهذا يرجع كما قدمنا إلى تعليل له في الموسوعة .

ووقفت، فيما يتعلق بالعقد الموقوف، في عدم تحديد وقت معلوم للإجارة.
 وفيما تشترطه للإجارة من شروط التواضع فكرت في الإثبات والاستناد وفي
 طلب الصناعة في بعض الحالات، كما عني مقتنيات المحققين لعمله كما
 رأيت في القاعده التي تقضي بأن العقد لا يفسد إلا على الموقوف أو غيره.
 ولكن بحريه البطلان في العقد الإسلامي، لا عدمه من حيث، تعتبر أرقى
 في الصناعة من نصيرها في العقد، لا من حيث، لا من حيث، الموقوف إلى
 بعد أن استكمل ماوقفت عنده .

٢٠ — كيف أحد تعيين الموقوف الموقوف

بالمفقه الاسلامي في نظريه البطلان

نظرة عامة .

ع من تعيين الموقوف في خصوصه بعقد الموقوف . وأما
 الموقوف حتى يضمن إعائه أمساك الموقوف في الموقوف عليه . وأما
 ما استحدثه الموقوف هو التوسع في مفسر العقد الموقوف ، فجعلها تشمل
 بقصد الأهلية وعمل الأمان والعداء والولاية على الحق في وقت واحد
 ثم استكمل ما وصفه المفقه الإسلامي من أحكام العقد الموقوف . وقد
 أن استقر هذا المفسر من المتعنه "العقد الموقوف" .

الموقوف من المملوكة بأعفاء الموقوف في التعيين الموقوف الموقوف .

تضمن "العقد الموقوف" ، كما تقدم ، عقد موقوف لأهليه ونفسه في شيء
 عت في الآراء والعقد الصادر من غيره .

في خصوص عقد الموقوف لقصد الأهلية (أي سحر) أو لغيره في
 الإرادة ، حيث المادة ١٣٤ من القانون المدني العراقي .

١٠ - إذا انعقد العقد موقوفاً بخبر أو إكراه أو غلط أو تعريض .
 ١١ - للعاقدة أن ينقص العقد بعد زوال الإكراه أو ارتفاع الإكراه أو تبين
 الخطأ أو انكشاف التعريض . كما أن له أن يحلله . فإذا نقصه . كان له أن ينقص
 تصرفاته من انتقلت إليه العين . وأن يستردها حيث وحدها وإن بدأوانها
 كأيدي . فإن هسكت العين في يد من انتقلت إليه . ضمن قيمتها . .

٢٠ - وللعاقدة المنكحة أو المدخول اختيار . إن شاء ضمن العاقدة الآخر .
 وإن شاء ضمن المخبر أو العاقدة . فإن ضمن المخبر أو العاقدة . فلهما الرجوع
 عما عدا على العاقدة الآخر . ولا ضمن على العاقدة المنكحة أو المدخول . إن قص
 الدل مكرهاً أو مدعوراً . وهى في يده فلا بعد منه . .

وفي خصوص انعقاد من غير المالك نصت المادة ١٣٥ من النص
 داته على ما يأتى :

١٠ - من تصرف في ملك غيره بدون إذنه . انعقد تصرفه موقوفاً
 على إجازة المالك . .

٢٠ - إذا أجاز المالك غير الإجازة توكلاً . وبغض المصطفى بالبدل
 إن كان قد قبضه من العاقدة الآخر . .

٣٠ - وإذا لم يحل المالك تصرف المصطفى . بطل التصرف . وإذا كان
 العاقدة الآخر قد أدى لفصول الدل . فله الرجوع عليه به . فإن هلك الدل
 في يد المصطفى بدون تعد منه . وكلت العاقدة الآخر قد أداه عالماً انه فصولى .
 فلا رجوع له عليه بشيء منه . .

٤٠ - وإذا سلم المصطفى العين للمعقود عليها لم يعاقده معه . فهلكت العين
 في يده بدون تعد منه . فللمالك أن يضمن قيمتها أيهما شاء . فإذا احتار تضمين
 أحدهما . سقط حقه في تضمين الآخر . .

وفي خصوص إحاطة العقد الموقوف نصت المادة ١٣٦ على ما يأتى .

١ - دإجاة العقد الموقوف تكون صراحة أو دلالة ، وتستدأى
أوقت ندى نه فيه العقد . ويشترط فى صحت وجود من يملكها وقت صدور
العقد ، ولا يشترط قيام انعقدى أو المالك الأصلى أو المعقود عليه وقت
الإجاءه . .

٢ - ويجب أن يستعمل حذر لإجاءه أو نقص خلال ثلاثة أشهر .
فإذا ، يصدر فى هـه مده ما يدل على الإعة فى نقص العقد اعتبر انعقد نافذ . .
٣ - وبدأ سر من لمدة إذا كان سبب التوقف نقص الأهلية ، من
أوقت ندى يرول نه هذا السبب . أو من وقت ندى نعم فيه التولى صدور
العقد . وإذا كان سبب التوقف الإلزام أو لعلط أو التعرير ، فمن وقت
ندى يرضع نه الإلزام أو يقين نه لعلط أو سكشف نه تعرير . وإذا
كان سبب التوقف انعاده التولية على المعقود عليه ، فمن أوقه ندى نعه نه
المالك صدور العقد . .

وقد حذر شرح الحرافى بمقتضى مده استعمال احيار فى ثلاثة أشهر .
لأن العقد الموقوف ، يختلف انعقد تقاس لأبداً ، غير نافذ ، وقد رد أن
ينبى التعامل موقوفاً على مستقر مده صويلة .

فهرس

الفصل الثالث

السبب

الفرع الأول

مقدمة السبب في لفقه العرفي لحدث

٢ لفقه اللاتين و لفقه الحرمانى

المبحث الأول

نظرية السبب في الفقه اللاتينى

٣ تمهيد

المطلب الأول

كيف نشأت نظرية السبب وكيف تطورت

٥ لتطور التاريخى نظرية السبب

١ § — نظرية السبب في عهد ن رومانى

٦ العهد انقضى — لكن هناك محل للسبب تعلق لشكلية

٧ العهد المدرسى — ظهور السبب في العقول غير لشكلية

٨ موقف القانون الرومانى من نظرية السبب

٢ § — نظرية السبب في القانون الفرنسى القديم

٨ عهدان

نظرية السبب في العهد امدى سبق رومانى فكره السبب عند

٩ الفقهاء الكنسيين

١١ نظرية السبب منذ عهد رومانى إلى عهد النقص المدنى الفرنسى

المطلب الثاني

نظرية السبب في القانون الحديث

١ - النظرية التقليدية في سبب

- ١٣ عدم مع السبب في النظرية التقليدية
- ٤ سبب في الظروف المختلفة من العقود
- ١٥ الشروط الواجب توافرها في السبب
- ٢٠ انتقاد النظرية التقليدية في السبب

٢ - النظرية الحديثة في السبب

- ٢٣ مع مبادئ الدافع إلى التعاقد
- ٢٤ مرونة الباحث وكيف ينضبط
- عنق النفس المدنى المصرى والتغيرات المدنية العربية الأخرى
- ٢٧ نظرية الحديثة في السبب
- ٢٩ طيفات الغطاء في مصر وفى فرنسا لنظرية الحديثة في السبب

المبحث الثاني

نظرية السبب في القانون الألمانى

- ٣٣ قانون الألمانى نزعتة موضوعية لادانة

المطلب الأول

لعبه في القانون الألمانى بإرادة الطاهرة

- ٣٢ الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة
- ٣٥ التعبير عن الإرادة
- ٣٧ كيف يكون تفسير التعبير عن الإرادة

المطلب الثاني

السبب جزء من تعبير عن الإرادة في القانون الألمانى

- ٤١ نس للسبب وجود مستقل عن التعبير

٤٢

مشروعية السب في القانون الألماني
عدم المشروعية في القانون الألماني هو الإخلال بالأداب العامة —

٤٣ ما هي الآداب العامة

٤٤ تطبيقات مختلفة للتصرفات المحلة بالآداب العامة في القانون الألماني

٤٥ التصرف المحرر في قانون الألماني

الفرع الثاني

بصرية السب في الفقه الإسلامي

٥٣ عاملان متعارضان عند الفقه الإسلامي تجاه نظرة السب

٥٤ اختلاف مذاهب الفقه الإسلامي في بصرية السب

صمو - بصرية السب في المذاهب الأحنبي والشافعي وطهورها في

٥٥ المذاهب المالكي والحنبلي

المبحث الأول

بصرية السب في الفقه الحنبي ومذاهب السامعي

٥٦ مبدآن جوهريان

المطلب الأول

السب يجب أن يكون داخلًا في صيغة العقد بتضمنه التعبير عن الإرادة

٥٧ المبدأ العام بشقيه

١٥ — يعتد بالسب إذا تضمنت صيغة العقد

٥٨ كيف تضمن صيغة العقد السب أي الباعث

٥٩ الحالة الأولى — السب مذكور صراحة في صيغة العقد

٦١ الحالة الثانية — السب مستخلص من طيغة المحل

٦٢ الحالة الثالثة — تميز السب عن المحل

٢٥ — لا يعتد بالسب إذا لم تتضمنه صيغة العقد

٦٤ العقد المجرد

٦٥ عقود تتضمن ذكر السب فلا يعتد به

المطلب الثاني

فكرة مشروعيه واختلاف استرويه وتطورها

٦٨	فكرة المشروعيه وفكرة غير ثابته
٦٨	حالات تختلف فيها الآثار في المشروعيه
٧٣	تطور فكره المشروعيه

المبحث الثاني

طريقه السبب في اعمه الخبي وفي الفقه المالكي وفي مذهب أخرى

٧٥	بعد بالنقص واليات ولولم يذكر في العقد
٧٨	وجوب عدم اعطاف الآخر بالسبب غير المذكور في العقد
	يكتفي في عدم الاعطاف بالآخر بسبب أن يكون الصفوف بحسب
٨٣	ينبغي أن يعلم
٨٤	مذهب أخرى غير مذهب أهل السنة

الفصل الرابع

نظرية البطلان

الفرع الأول

نظرية البطلان في الفقه الغربي

المبحث الأول

البطلان بوجه عام

٨٨	مسائل ثلاث
----	------------

المطلب الأول

تقسيم البطلان بحسب مراتبه (أنواع البطلان)

٨٩	أركان العقد وشروطه
----	--------------------

صفحة

- مرتب البطلان . النظرية التقليدية (التقسيم الثلاثي) . . . ٩٠
 مد النظرية التقليدية — التقسيم الثنائي والبطلان المتدرج . . . ٩١
 رد البطلان إلى مرتبة واحدة ٩٣
 تأسيس لبطلان — الرجوع إلى التقسيم الذاتي ٩٤

المطلب الثاني

تمييز البطلان عما يقاربه من النظم

- انضم القامونية المقاربة للبطلان ٩٦
 حوار الرجوع في العقد يرددة أحد العددين ٩٧
 عدم سريان العقد في حق الغير ١٠٠
 مسح العقد واصحاحه ١٠٢
 الشرط الفاسخ والشرط الواقف ١٠٤

المطلب الثالث

الآثار التي قد تترتب على العقد المنسمة للبطلان

- الآثار المصية والآثار الأصلية ١٠٥
 ١٥ — الآثار العرضية للعقد المنسمة
 استمرار بعض الآثار العرضية ١٠٥
 انتقاص العقد ١٠٦
 تحول العقد ١٠٧
 ٢٥ — الآثار الأصلية للعقد المنسمة
 ما أدى إليه أن يترتب على العقد المنسمة آثاره الأصلية . . . ١١٥
 أمثلة من عقود المنسمة آثارها الأصلية ١١٥

المبحث الثاني

أحكام العقود المنسمة بالبطلان

- العقد الخاص والعقد العام للإبطال ١١٦

مادة

المطلب الأول

أحكام العقد الباطل

- الإجارة والتقادم وتقرير البطلان ١١٧
 ١٥ — الإجارة
- العقد الباطل لا تلحقه الإجارة ١١٧
- ولكن يجوز عمله من جديد ١١٨
- ٢٥ — التقادم
- دعوى البطلان تسقط بالتقادم ١١٨
- وسكن الدفع بالبطلان لا يسقط بالتقادم ١١٩
- ٣٥ — تقرير البطلان
- من الذي يتمسك بالبطلان ١٢٠
- مَن يجوز التمسك بالبطلان ١٢١
- كيف يتقرر البطلان ١٢٢
- أثر تقرير البطلان ١٢٢

المطلب الثاني

أحكام العقد القابل للإبطال

- محمه أحكام العقد قابل للإبطال لأحكام العقد الباطل ١٢٤
- ١٥ — الإجارة
- لعقد القابل للإبطال محه إجارة ١٢٥
- أو الإجارة ١٢٦
- ٢٥ — التقادم
- لدعوى والدفع سقسان بالتقادم ١٢٧
- مدة التقادم ١٢٨
- ٣٥ — تقرير البطلان
- من لذي يتمسك بإبطال العقد ١٢٩

الصفحة

١٣٠	حتى يجوز التمسك بالبطان
١٣٠	كيف يتقرر البطان
١٣٢	أثر تقرير لبطان

الفرع الثاني

نص فيه البطان في العقد الإسلامي

تمهيد — أقسام العقد من حيث النسخة والبطالان

١٣٣	درج العقد من البطلان إلى النسخة
١٣٤	العقد الباطل
١٣٥	العقد الفاسد
١٣٧	العقد الموقوف
١٤٠	احتمال إبطاله غير اللازم

المبحث الأول

حكم العقد الباطل

١٤٢	مس له وجود شرعي فلا يندفع أثره
١٤٣	وإذا نصد وجب الرد وبعادة الخلل إلى ما كانت عليه
١٤٥	ولا ترد عليه لإحاطة وسمسك بالاعلان كل ذي مصلحة
١٤٥	ولكن العقد الباطل قد يندفع أثره كما أقره ماذيه لاكتصرف شرعي
١٥١	انتقاص العقد في حالة البطلان

المبحث الثاني

حكم العقد الفاسد

١٥٧	تمييز العقد الفاسد في المذهب الحنفي
-----	-------------------------------------

المطلب الاول

تمييز بين العقد الباطل والعقد الفاسد

- ١٥٨ أساس التمييز بين العقد الباطل والعقد الفاسد
 ما يحتاج به المراهب الأخرى في عدم تمييز بين العقد الباطل والعقد
 الفاسد ١٥٩
 ما يحتاج به حجية في التمييز بين العقد الباطل والعقد الفاسد ١٦٠
 بعض النصوص الفقهية في العقد باطل والعقد الفاسد ١٦٢

المطلب الثاني

الآثار التي تترتب على العقد الفاسد

- مسائل ثلاث ١٦٧
 § ١ - العقد الفاسد قبل القبض
 الأصل في العقد الفاسد أنه لا يدرج أثره ١٦٨
 ولكن العقد الفاسد منعقد ١٦٨
 وجوب فسخ العقد الفاسد إلا بإذ رآه المتسدد ١٦٩
 § ٢ - العقد الفاسد بعد القبض
 يجب أن يكون الفسخ بإذن المالك ١٧١
 يبقى لعقد الفاسد بعد القبض فاعلا لمصلحة ١٧٢
 ولكن يثبت بوعده المالك انقضاء العقد الفاسد ١٧٥
 تصرف المشتري في لبع المقبوض بعقد فاسد ١٧٦
 تعذر المبيع المقبوض بعقد فاسد ١٧٩
 الأصل المصدري الذي تترتب عليه آثار بيع الفاسد بعد القبض ١٨٤
 § ٣ - خصوصية الفسخ المترتب على الإكراه
 اختلاف المراهب في حكم بيع المكره ١٨٧

١٨٨

عصوى مذهب الحق في هاتذ بيع المكره

١٩٠ أين يختلف بيع المكره عن بيع الممسوق ويوافق البيع الموقوف

١٩١ أين يتفق بيع المكره مع البيع الممسوق ويختلف البيع الموقوف

١٩٢ أين يوقف على الممسوق في بيع المكره

المبحث الثالث

حكم العقد الموقوف

١٩٣ متى يكون العقد موقوفاً وفي أي المذهب

المطلب الأول

حكم العقد الموقوف لنقص لأهله

١٩٥ متى تولية على المصروع والمخجور

١٩٥ مدى ولاية الولي في التصرف في مال الصغير أو المخجور

١٩٦ مدى أهلية الصغير والمخجور في التصرف

١٩٧ تصرفات المصروع لأهله من الإجارة

١٩٨ لإجارة - تحقّقها أو تخلّفها

المطلب الثاني

حكم العقد الموقوف لتعلق حق الغير بالمحل

١٩٩ صور مختلفة

١٠ - تصرف المصروع

٢٠٠ من هو الفضولي

٢٠١ بيع الفضولي قبل الإجارة موقوف

٢٠٦ بيع الفضولي قبل الإجارة فالنسخ من "الشرطين"

٢٠٧ شراء المصروع

صحة

٢٠٩	إجارة تصرف الفصولى - شروط صحتها
٢١٠	كيف تكون الإجارة
٢١١	محقق الإجارة وتحققها
٢٠٩ - ٢١١	بيع المرهون والمتاجر وتصرف المراض مرض الموت
٢١٣	بيع المرهون
٢١٣	بيع المتاجر
٢١٥	بيع المريض مرض الموت

المبحث الرابع

حكم العقد النافذ غير اللام

٢١٦	مضى يكون العقد نافذا غير لارم - الخيارات الأربعة
---------------	--

المطلب الاول

خيار الشرط

٢١٧	قيام الخيار وأحكامه
---------------	---------------------

١ - قيام خيار الشرط

٢١٧	ما هو خيار الشرط
٢١٩	مصدر خيار الشرط
٢٢٠	لمن يكون الخيار
٢٢١	مدة الخيار

٢ - حكم خيار الشرط

أولاً : أثناء مدة الخيار وقبل استعماله

٢٢٢	ملكية المبيع
٢٢٤	حق التصرف فى المبيع
٢٢٤	ضمان المبيع

معه

٢٢٤ لنصوص

ثباً : بعد انقضاء مدة الخيار أو بعد استعماله

٢٢٧ كيف تنقضى مدة الخيار

٢٢٨ كيف يستعمل حق الخيار

٢٢٨ الأثر المترتب على استعمال حق الخيار

٢٢٩ انصوص

المطلب الثاني

خيار التعيين

٢٣٤ خيار التعيين متفرع من خيار الشرط

§ ١ - قيام خيار التعيين

٢٣٤ ما هو خيار التعيين وما هو مصدره

٢٣٦ لمن يكون خيار التعيين

٢٣٧ مدة الخيار

§ ٢ - حكم خيار التعيين

٢٣٨ لنقد غير لايه وفي وقت خيار الخيار

أولاً - الخيار للشترى

٢٣٩ ثبوت الملك

٢٤٠ عدم لزوم العقد

٢٤١ الهلاك

ثانياً - الخيار للبائع

٢٤١ ثبوت الملك

٢٤٢ عدم لزوم العقد

٢٤٢ هلاك

٢٤٣ النصوص

المطلب الثالث

خيار الرؤية

- خلاف المذهب ٢٤٨
- ١ - خيار الرؤية في المذهب الحنفي ٢٤٩
- متى يثبت خيار الرؤية ٢٥٢
- حكم العقد حال قيام الخيار ٢٥٥
- ما يسقط به خيار الرؤية ٢٥٥
- ٢ - حال الرؤية في المذهب الثلاثة الأخرى ٢٥٩
- مذهب مالك ٢٦٢
- مذهب الشافعي ٢٦٥
- مذهب أحمد بن حنبل

المطلب الرابع

خيار العيب

- من ثلاث ٢٦٨
- ١ - متى يثبت خيار العيب ٢٧٠
- حالة عيب كحمار ٢٧٢
- شروط الواجب ٢٧٢
- ٢ - حكم العقد حال قيام خيار العيب ٢٧٧
- لعهد ٢٧٩
- عده ٢٨٠
- كيف يكون الرد بخيار العيب ٢٨٠
- ما إذا لم يرد على الرد بخيار العيب ٢٨٠

٣٥ ما يقطعه حال الحب

٢٨٤	هلاك المبيع
٢٨٤	نقصان المبيع
٢٨٥	زيادة المبيع
٢٨٦	إسقاط المشتري للخيار
٢٨٧	رضاء المشتري بالعيب بعد العلم به
٢٨٧	صرف اشترى في المبيع قبل اعدائه

الفرع الثالث

مقارنة الفقه الإسلامي بالفقه الغربي في مسألة سداد

المبحث الأول

مراتب البطلان

٢٨٨	أركان عقد شرائطه - العقد المأخوذ
٢٨٩	أوصاف العقد - العقد الفاسد
٢٩٠	نقص الأهلية وانعدام الملك - العقد الموقوف
٢٩١	عيوب الإرادة - العقد القابل للإبطال
٢٩٢	مقابلات في الصاعقة لعينة بين العقدين
٢٩٣	مقارنة الفقه الإسلامي بالفقه الغربي في حدود مراتب البطلان

المبحث الثاني

أحكام البطلان

١ - العقد الباطل

٢٩٤	العقد الباطل لا ينتج أثره اكتصافه بظاهره
٢٩٥	الآثار التي يمكن أن تترتب على العقد الباطل

٢٩٥

٢٩٥ انقراض العقد

٢٩٦ تحول العقد

§ ٢ - العقد الفاسد

٢٩٨ كثرة أسباب الفساد وتنوعها

٣٠٠ تدبير فكرة العقد الفاسد

٣٠٢ بيان في العقد الفاسد

٣ - العقد الموقوف

٣٠٤ العقد الموقوف على عقد

٣٠٥ مدلول العقد الموقوف بالعقد الثاني

٣٠٧ شروط العقد الموقوف وكيف يقع

٤ - العقد غير اللائق

٣٠٩ تعريف العقد غير اللائق

٣١١ في هذه الأقسام والعقد غير اللائق في العقد

٣١١ في العقد غير اللائق في العقد

٣١١ الخيارات لأربعة

المبحث الثالث

٣١٥ انقضاء العقد في هذه الأقسام

٣١٥ انقضاء العقد في هذه الأقسام

٣١٥ انقضاء العقد في هذه الأقسام

٣١٥ انقضاء العقد في هذه الأقسام

٣١٥ انقضاء العقد في هذه الأقسام

٣١٦ انقضاء العقد في هذه الأقسام

٣١٦ انقضاء العقد في هذه الأقسام

٣١٦ انقضاء العقد في هذه الأقسام



AMERICAN
UNIVERSITY OF BEIRUT

